



UNIVERSITA' DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di Laurea

Il rinvio dell'esecuzione della pena

**Un istituto contrastato fra incertezze interpretative e
prospettive di evoluzione**

Il Candidato:

Lisa Meini

Il Relatore:

Prof. Luca Bresciani

ANNO ACCADEMICO 2013/2014

Ai miei genitori

INDICE

INTRODUZIONE	4
--------------------	---

CAPITOLO I

ARTT. 146 E 147 C.P. – PROFILI STORICI

1. Il rinvio dell'esecuzione della pena <i>prima</i> del 1930	7
2. ... (segue) e <i>dopo</i> il varo del Codice Rocco	16
3. Alcune riflessioni sulla successiva evoluzione legislativa	30

CAPITOLO II

VERSO LA GIURISDIZIONALIZZAZIONE DEL RINVIO DELL'ESECUZIONE DELLA PENA

1. La riforma dell'ordinamento penitenziario con la legge n. 354/1975 e il progetto preliminare del codice di procedura penale del 1978	36
2. Un'importante declaratoria di incostituzionalità: Corte cost. sent. n. 114/1979	48
3. La “ <i>legge Gozzini</i> ” del 1986	53
4. Il “nuovo” codice di procedura penale: l'art. 684	55
5. Corte cost. sent. n. 274/1990	62

CAPITOLO III

ANALISI DELL'ISTITUTO NELLA "VERSIONE" OBBLIGATORIA E IN QUELLA FACOLTATIVA I RAPPORTI CON LA DETENZIONE DOMICILIARE

1. Considerazioni introduttive	71
1.1 Il rinvio obbligatorio (art. 146 c.p.): il campo applicativo	74
1.1.1 Donna incinta e madre di infante di età inferiore ad anni uno (art. 146 comma 1 nn. 1 e 2 c.p.)	75
1.1.2 Persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria o da altra malattia particolarmente grave (art. 146 comma 1 n. 3 c.p.)	92
1.2 Il rinvio facoltativo (art. 147 c.p.): il campo applicativo	110
1.2.1 La presentazione della domanda di grazia da parte del condannato (art. 147 comma 1 n. 1 c.p.)	111
1.2.2 Persona che si trova in condizioni di "grave infermità fisica" (art. 147 comma 1 n. 2 c.p.)	114
1.2.3 Madre di prole di età inferiore a tre anni (art. 147 comma 1 n. 3)	123
2. Il coordinamento tra il differimento dell'esecuzione della pena e la detenzione domiciliare	
2.1 La disciplina <i>prima</i> della l. n. 165/1998	127
2.2 ... (segue) <i>dopo</i> la riforma	133

CAPITOLO IV

UNA RECENTE PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

1. Il problema del sovraffollamento carcerario e la “ <i>sentenza pilota</i> ” della Corte Edu	143
2. Il rinvio dell’esecuzione della pena come possibile soluzione al sovraffollamento carcerario	
2.1 Le ordinanze del Tribunale di sorveglianza di Venezia e di Milano	147
2.2 Riflessioni sul “ <i>rimedio preventivo</i> ” avanzato dalle ordinanze di rinvio	153
3. L’intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 279/2013	157
 BIBLIOGRAFIA	 166
 RINGRAZIAMENTI	 177

INTRODUZIONE

L'istituto del rinvio dell'esecuzione della pena rappresenta una deroga al principio per cui l'esecuzione della pena deve essere immediata, poiché la sua concessione permette ai condannati che si trovano in particolari condizioni di potersi veder posticipare l'inizio dell'esecuzione, con conseguente messa in stato di libertà fino al momento in cui la situazione non risulti essere ritornata tale da consentire al detenuto l'espiazione della stessa.

Questo elaborato si suddivide in quattro capitoli con i quali si è cercato di analizzare il rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena, disciplinato rispettivamente agli artt. 146 e 147 c.p., con l'obiettivo di capire, fra l'altro, se tale misura possa costituire un rimedio preventivo rispetto al trattamento disumano e degradante a cui, ad oggi, sono soggetti molti detenuti all'interno delle strutture penitenziarie a causa del problema del sovraffollamento carcerario.

Nel primo capitolo si è tentato di esaminare la normativa di questa misura sia prima (con riguardo al codice di procedura penale del 1865 e in particolare con quello del 1913) che dopo il 1930 (con riferimento all'emanazione del Codice Rocco) ponendo maggiore attenzione alle motivazioni che, con l'approvazione del codice penale del 1930, hanno portato ad una diversa collocazione codicistica dell'istituto. Nel secondo capitolo sono state analizzate le tappe che hanno scandito il passaggio della competenza riguardo la concessione di questa misura, la quale inizialmente risultava essere a capo del pubblico ministero e del Ministro della Giustizia, per poi successivamente sostituire il primo con il Tribunale di sorveglianza e infine giungere nelle piene mani di quest'ultimo con la sentenza n. 274/1990.

Nel terzo capitolo sono state esaminate e approfondite le varie ipotesi che implicano obbligatoriamente o discrezionalmente il riconoscimento di tale beneficio al condannato e le modifiche ed integrazioni a cui sono state oggetto nel corso del tempo ed è stato analizzato il rapporto dell'istituto con la detenzione domiciliare introdotta con la legge Gozzini (l. n. 663/1986) all'art. 47 *ter* o.p. e in seguito con la normativa disposta nel comma 1 *ter*, inserito in quest'ultimo articolo con la legge Simeone (l. n. 165/1998).

Infine il quarto ed ultimo capitolo riconcentra l'argomento centrale di questa tesi. A seguito della situazione intollerabile che tende ad affliggere le nostre carceri, l'Italia, è stata di recente condannata dalla Corte Edu (sentenza Torreggiani) a provvedere entro un anno (termine scaduto il 28-05-2013) ad introdurre misure che siano in grado di dare una soluzione a questo grave problema. Un tentativo di dare una risposta a tale richiesta europea era pervenuto con l'intervento del Tribunale di sorveglianza di Venezia e poi in seguito da quello di Milano che, di fronte ad una situazione carceraria insostenibile denunciata dai due detenuti oggetto delle ordinanze e non individuando nessun'altra misura alternativa applicabile in questi casi concreti, avevano ritenuto necessario chiedere alla Corte costituzionale di dichiarare l'art. 147 c.p. costituzionalmente illegittimo nella parte dove non prevedeva tra le fattispecie originariamente *ivi* indicate (presentazione della domanda di grazia, detenuto affetto da grave infermità fisica o madre con prole di età inferiore a tre anni) anche l'ipotesi in cui il detenuto si trovi soggetto ad un trattamento carcerario disumano e degradante. Da qui la seguente domanda che costituisce il cuore della questione: *il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena proposto dai giudici a quibus potrebbe costituire il "rimedio preventivo" capace*

di garantire una rapida cessazione di uno stato detentivo contrario all'art. 3 CEDU? La risposta a questo interrogativo è stata data dalla Corte Costituzionale con la **sentenza n. 279/2013**.

CAPITOLO I

ARTT. 146 E 147 C.P. – PROFILI STORICI

Sommario: 1. Il rinvio dell'esecuzione della pena *prima* del 1930 – 2. ... (segue) e *dopo* il varo del Codice Rocco – 3. Alcune riflessioni sulla successiva evoluzione legislativa

1. IL RINVIO DELL'ESECUZIONE DELLA PENA *PRIMA* DEL 1930

Una volta concluso il processo e individuato il colpevole la regola è che quest'ultimo vada ad adempiere in modo istantaneo “*alla pena e alle altre conseguenze giuridiche del reato da lui commesso*”¹.

Con la sentenza irrevocabile, tra il detenuto e lo Stato sorge così un rapporto punitivo per cui lo Stato ha il diritto di provvedere alla esecuzione della pena e il detenuto ha l'obbligo di eseguirla e il diritto di espiarla nelle forme, nei modi previsti dalla legge e nella misura stabilita dalla sentenza stessa.² Tuttavia ci possono essere delle situazioni di fronte alle quali il principio di immediata espiazione della pena subisce una deroga in quanto l'esecuzione immediata della stessa potrebbe portare a danni pregiudizievoli e irreparabili: in questi casi si ricorre al *differimento* o *sospensione* della pena.

¹ V. E. Maselli, *Il rinvio dell'esecuzione della pena*, in *NsD*, XV, 1968, pag. 1182

² V. E. Maselli, *op. cit.*, pag. 1182

La sospensione della pena è un istituto che risale nel tempo. Si poteva trovare un accenno già nel **Codice penale albertino del 1839**³, dove tale beneficio era stato riconosciuto esclusivamente per tutelare il nascituro e nel **Codice di procedura criminale del 1847**⁴.

Successivamente si ritrovava nel **Codice di procedura penale del 1865**. Qui l'istituto, che costituiva un'eccezione al principio di esecuzione immediata della pena, si limitava ad applicarsi solo alle pene corporali non potendosi estendere alle pene pecuniarie poiché avevano scopi e indole diversi dalle punizioni fisiche a cui l'articolo faceva riferimento⁵. Al primo punto dell'art. 586 c.p.p. la sospensione veniva prevista per la *donna incinta condannata a morte*⁶. Alcuni ritenevano che la pena di morte più che sospesa dovesse essere commutata in altra sanzione in quanto essa creava alla donna, sapendo il destino che gli sarebbe aspettato dopo il parto, angoscia e ciò si riteneva che potesse influire negativamente sulla vita del feto⁷. Al secondo e ultimo punto si prevedeva la sospensione per *chi era affetto da demenza o da malattia grave ed era stato condannato a pena corporale*. Tale fattispecie era stata inserita nell'articolo per una questione di umanità e non in risposta all'esigenza di impartire pene a titolo di esemplarità per il futuro in quanto

³ V. art. 14 codice penale "*Nell'ipotesi di donna incinta condannata a pena capitale prevede, in una somma di crudeltà e pietà, che tale forma di esecuzione sia rinviata fino a dopo il parto*".

⁴ V. art. 515 codice di procedura penale "*L'esecuzione delle sentenze passate in giudicato sarà sospesa nei casi seguenti: 1° quando una donna condannata a morte sarà riconosciuta incinta: in questo caso si osserverà quanto prescrive il disposto dal secondo alinea dell'art. 14 c.p.; 2° se il condannato ad una pena corporale si trova in stato di demenza o di malattia grave; 3° quando la sospensione viene ordinata dal Re*".

⁵ Cfr. F. Saluto *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia* 2° ed., Fratelli Bocca, Roma, 1878 pag. 256

⁶ Tale ipotesi era già presente nel digesto alla L. 5 "*De statu hom praegnantis muliers consumande damnatae poena differtur quod pariat; quia no debet calamitas ei nocere qui in ventre est*" ("le donne condannate definitivamente, ma in gravidanza, la pena è differita affinché lo stato di detenzione non possa nuocere a colui che portano in grembo"). Il motivo era che la pena essendo personale non poteva ricadere sul bambino. Cfr. F. Saluto, *op. cit.*, pag. 253

⁷ Cfr. F. Saluto, *op. cit.*, pag. 253

si riteneva che eseguire la pena nei riguardi di condannati affetti da tali patologie era insensato e incapace di emenda e non portava altro che a sentimenti di indignazione da parte della popolazione⁸. Taluni si sono chiesti se l'esecuzione della pena si potesse eseguire in un momento di lucidità del condannato ma Carnot, nei Commenti all'art. 61 del codice penale francese, affermava che *“colpire un demente è come colpire un automa facendo così dell'esecuzione delle sentenze un semplice apparato, quando invece dovrebbe essere accompagnata da un rispetto quasi religioso, per cui l'esecuzione della pena dovrebbe procedere solo nel momento in cui tale demenza venga meno”*⁹. Infatti individuare un intervallo in cui il reo potesse essere lucido risultava essere molto difficile, con possibilità di incorrere ad errori. L'articolo al secondo punto parlava anche di “malattie gravi” le quali risultavano, rispetto alla demenza, essere di più facile individuazione, attraverso ispezioni di periti sanitari¹⁰. Il periodo della sospensione della pena applicata nei confronti del condannato affetto da demenza sembrava non dover essere detratto dalla durata complessiva della pena tuttavia per ragioni umanitarie venne stabilito che “riguardo ai condannati detenuti, qualunque fosse l'infermità sopravvenuta, non essendo rilasciati, ma curati nell'infermerie dei carceri, quando si trattasse di malattia grave ordinaria, o nel manicomio se si trattasse di pazzia, essendo il condannato privo di libertà ed a disposizione della giustizia, il tempo trascorso in tale intervallo doveva contare come esecuzione di condanna”¹¹. L'art.

⁸ Cfr. F. Saluto, *op. cit.*, pag. 254

⁹ Cfr. F. Saluto, *op. cit.*, pag. 254

¹⁰ Cfr. F. Saluto, *op. cit.*, pag. 254

¹¹ V. art. 20 Codice penale del Granducato di Toscana del 1859 *“Il tempo, che, durante l'espiazione della pena, il condannato debba passare, per malattia, in uno spedale, o, per nuova imputazione non susseguita da condanna, in un carcere di custodia, si considera ' come passato ' nello stabilimento penale”*. Cfr. F. Saluto, *op. cit.*, pag. 254-255

586 c.p.p. non riportava l'ipotesi che si trovava al n. 3 nell'art. 515 del codice di procedura criminale del 1847 ovvero la "*sospensione dell'esecuzione della pena quando veniva ordinata dal Re*" tuttavia tale facoltà si poteva ritrovare all'art. 826 c.p.p.¹²

Nel **Progetto preliminare del Codice di procedura penale del 1913**, presentato al senato il 23-5-1911 dal Ministro Guardasigilli Camillo Finocchiaro Aprile e che sarebbe andato a sostituire il codice di procedura penale del 1865, la sospensione dell'esecuzione era inizialmente trattata all'art. 650 c.p.p.¹³ Nella relazione della commissione speciale (la quale era composta dai senatori Quarta presidente, Mortara segretario e relatore, Baccelli, Balenzano e Inghilleri) sul disegno di legge presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti nella tornata del 23-05-1911 si affermava che l'art. 650 c.p.p. n. 3 doveva essere modificato in quanto generalmente la privazione della libertà o il pagamento di pene pecuniarie andavano a ricadere a pregiudizio della famiglia, e quindi vi era la paura che il "certificato di povertà" diventasse uno strumento per ottenere la dilazione della esecuzione della pena di sei mesi. Durante i discorsi del senatore Garofalo, pronunciati nella seduta del 27-2-1912 sull'argomento della sospensione dell'esecuzione della pena, veniva dimostrato che il pregiudizio indicato all'art. 650 c.p.p. n. 3 ci sarebbe sempre stato

¹² V. art. 826 c.p.p. comma 2 "*Le suppliche per grazia, presentate nel modo indicato al comma 1, o in qualsiasi altra forma, non sospenderanno l'esecuzione della sentenza, salvo che venga altrimenti ordinato dal Re per mezzo del Ministro di Grazia e Giustizia*".

¹³ V. art. 650 progetto preliminare del codice di procedura penale "*L'esecuzione di una sentenza di condanna può essere sospesa soltanto nei casi seguenti: 1° quando sia presentata domanda di grazia; 2° quando, trattandosi di pena restrittiva della libertà personale, il condannato si trovi in stato di infermità di mente nei sensi dell'art. 46 c.p., ovvero, essendo altrimenti infermo, l'esecuzione ne esporrebbe a grave pericolo la vita o la salute; 3° quando per le condizioni economiche della famiglia, questa, in conseguenza dell'esecuzione, sarebbe esposta a grave pregiudizio. La sospensione, nel caso provveduto al numero 3, non può mai durare più di sei mesi. Nel caso suddetto, una condanna che non superi 30 mesi, o che sia soltanto pecuniaria, può essere fatta scontare a periodi o a rate. La sospensione, nel caso preveduto al numero 1, è ordinata dal Ministro di Giustizia, e, nei casi preveduti ai numeri 2 e 3, è disposta dal giudice che ha pronunciata la sentenza di condanna*".

rendendo così la sospensione un caso normale. Si affermò che “la disposizione secondo la quale si sarebbe potuto scontare a periodi la pena, sarebbe stata probabilmente attuabile solo nel caso di pena pecuniaria, mentre in quello di pena corporale la repressione non avrebbe avuto più alcuna serietà¹⁴”. Durante la sessione del 4-6-1912, l'on. Magliano osservava che oltre la donna incinta, come proponeva la commissione parlamentare, si sarebbe dovuto prendere in considerazione anche il periodo di allattamento ai fini della sospensione della sentenza. Infine durante la sessione del 6-6-1912, l'on. Dello Sbarba approvava l'art. 650 c.p.p. ma non era d'accordo sulla rateazione della pena carceraria arrivando a pronunciare il seguente discorso: *“il condannato cercherà con mille artifizii, con innumerevoli scuse, per innumerevoli fini, non certo tutti laudabili e riconoscibili, di spezzettare la sua pena e ne scapiterà la stessa dignità della giustizia. La pena intanto perderà la sua efficacia intimidatrice e per buon numero di individui, i più scaltri, i meno meritevoli di riguardi, essa non avrà più alcun sapore e non desterà più alcuna preoccupazione*¹⁵”.

Nella relazione della commissione nominata dal presidente della Camera, (che risultava composta da deputati Grippo presidente, Dari segretario, Barzilai, Daneo, Ferri Enrico, Fulci, Girardi, Muratori e Stoppato relatore sul progetto del codice di procedura penale per il Regno d'Italia) venne osservato che la previsione indicata nell'art. 650 c.p.p. n. 3 fosse troppo eccessiva in quanto *“si affollerebbero i potenti essendo che la delinquenza si distribuisce sulle classi meno abbienti*¹⁶” e che al n.

¹⁴ In tal senso B. Franchi e G. Galasso, *Nuovo codice di procedura penale: testi del progetto e del codice delle norme di attuazione e di coordinamento, e delle disposizioni transitorie, regolamentari e per casellario*, Società editrice libraria, Milano, 1914, pag. 159

¹⁵ V. B. Franchi e G. Galasso, *op. cit.*, pag. 311

¹⁶ V. B. Franchi e G. Galasso, *op. cit.*, pag. 588

2 si sarebbe dovuto estendere, oltre che alla donna incinta, anche a quella che si trovasse in stato di gravidanza.

Con Relazione a S. M. il Re, il Ministro guardasigilli Finocchiaro Aprile andò a presentare nell'udienza del 27-2-1913, per l'approvazione, il testo definitivo del codice di procedura penale e affermò che l'art. 650 c.p.p. n. 3 del progetto era stato modificato (come richiesto dalle commissioni). Era stato soppresso l'ultimo capoverso e si era ammessa la sospensione, quando per circostanze eccezionali il condannato o la famiglia di lui, in conseguenza della esecuzione, si sarebbero potuti trovare esposti ad un grave pregiudizio. La sospensione nelle ipotesi gravi e pietose sarebbe stata sempre concessa perché previsto dall'articolo stesso ma volevano evitare che il passaggio da una sospensione all'altra potesse andare a ledere il principio di uguaglianza nell'applicazione della legge comportando una perdita di prestigio per l'azione penale. In sintesi il Ministro affermò che la sospensione sarebbe stata circoscritta ad ipotesi tassativamente previste. Vennero poste in essere delle norme di attuazione di questo nuovo codice di procedura penale: art. 41 con cui si prevedeva che il Ministro di Grazia e Giustizia potesse autorizzare gli uffici del pubblico ministero a sospendere l'esecuzione della pena di fronte a domanda di grazia per un periodo non superiore a tre mesi *“solo laddove la domanda fosse riferibile a pene restrittive di libertà non superiori a cento giorni o pene pecuniarie”*¹⁷ e all'art. 42 si stabiliva che l'esecuzione della pena si sarebbe ripresa una volta rigettata la domanda di grazia ovvero una volta decorso il tempo massimo ottenuto per la sospensione. Si giunse così al **Progetto definitivo del Codice di**

¹⁷ Puntualizzazione derivante dalla circolare ministeriale del 29 dicembre 1913 n. 1850 del Ministro Finocchiaro Aprile.

procedura penale del 1913 che collocava la sospensione dell'esecuzione penale all'art. 583 c.p.p. Essa costituiva una deroga all'art. 555 c.p.p. in cui si indicava in cinque giorni il termine entro il quale avrebbe dovuto essere eseguita la sentenza divenuta irrevocabile¹⁸. Nell'art. 583 c.p.p. la sospensione non era obbligatoria ma facoltativa in quanto si disponeva che "l'esecuzione di una sentenza di condanna *potesse* essere sospesa" e quindi la concessione era subordinata alla discrezionalità dell'autorità competente. Il termine "sospensione" della condanna sembrerebbe doversi intendere come "differimento dell'esecuzione" e non "arresto di una pena già in corso di espiazione"¹⁹. Rispetto all'abrogato art. 586 c.p.p. i casi in cui tale beneficio poteva essere accordato erano aumentati a quattro.

Al n. 1 vi era il caso di sospensione di fronte alla *presentazione della domanda di grazia*. L'art. 586 del c.p.p. del 1865 non aveva tra le ipotesi di sospensione la domanda di grazia. Fino al codice di procedura penale del 1913 tale materia trovava disciplina attraverso una serie di circolari ministeriali. La prima circolare ministeriale risaliva al 1° Aprile 1891²⁰ con cui si dava la facoltà ai procuratori generali di procedere alla sospensione solo di sentenze di condanna aventi per oggetto misure restrittive di libertà inferiori a tre mesi. La *ratio* si ritrovava nel non voler sottoporre ad esperienza carceraria coloro che erano stati colpiti da pene brevi. Successivamente si ebbe la circolare ministeriale del 1897²¹ con cui si affidava al Ministro l'incarico di concedere tale beneficio di fronte a pene restrittive della libertà personale per una durata inferiore a cento giorni, oppure a pene pecuniarie,

¹⁸ Cfr., U. Aloisi e L. Mortara, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, Unione – Tipografico, Torino, 1914-1915, pag. 615

¹⁹ Cfr. M. Pisani *Grazia e Giustizia*, Giuffrè editori, Milano, 2007, pag. 69

²⁰ V. M. Pisani, *op. cit.*, pag. 66

²¹ V. M. Pisani, *op. cit.*, pag. 66-67

portando però in primo piano il problema dell'eccessiva durata del periodo di non esecuzione delle sentenze di condanna. Questo problema venne affrontato esortando i procuratori generali ad essere più rapidi nella istruzione dei ricorsi e il Ministro a decidere entro tre mesi dall'invio dei ricorsi stessi per la relativa istruzione. Con la circolare del 3 Dicembre 1898 n. 1457²² si sottolineava la preoccupazione riguardante la difficoltà di procedere alla riattivazione della esecuzione della sentenza una volta ricevuta la decisione del rigetto della sospensione o terminato il periodo della stessa. Vennero introdotte alcune soluzioni per far fronte ai problemi lamentati. Con l'art. 583 c.p.p. del 1913 la concessione della sospensione di fronte alla domanda di grazia venne inserita al primo punto con competenza affidata al Ministro di Grazia e Giustizia. La decisione riguardo l'applicazione del beneficio doveva avvenire entro sei mesi e il termine "complessivamente" veniva inteso come possibilità di consentire la sospensione più di una volta purché la durata non fosse superiore al termine sopra detto. Il guardasigilli Finocchiaro Aprile intervenne poi con le norme di attuazione contenute nell'r.d. 5 ottobre 1913 n. 1176 per circoscrivere meglio i confini applicativi della sospensione e per risolvere il problema dell'inezia nell'esecuzione lamentata con la circolare del 1898²³. Si prevedeva che la decorrenza del termine di sospensione iniziasse "*dalla presentazione della domanda di grazia ovvero dal giorno in cui la stessa fosse pervenuta all'ufficio del pubblico ministero*"²⁴.

Al n. 2 vi era l'ipotesi in cui il *condannato fosse affetto da infermità di mente o di corpo*. Tale patologia doveva essere esaminata, senza alcun intervento del giudice

²² V. M. Pisani, *op. cit.*, pag.67

²³ V. *supra*, pag. 12 artt. 41 e 42 dell'r.d. 5 ottobre 1913.

²⁴ V. M. Pisani, *op. cit.*, pag. 71

e senza contraddittorio, da uno o più periti nominati d'ufficio e sottoposti a giuramento da parte dell'autorità competente all'esecuzione della sentenza. Laddove la relazione, rilasciata dai periti (o dal perito), avesse disposto la sussistenza di tale infermità, si sarebbe proceduto d'ufficio, anche senza la richiesta o il consenso del condannato, alla sospensione fino alla cessazione dell'infermità²⁵. Tale fattispecie era applicabile solo per le misure restrittive della libertà ma non per le pene pecuniarie.

Al n. 3 si collocava, per ragioni di igiene o umanitarie, la concessione della sospensione di fronte ad una *donna incinta o che avesse partorito da meno di tre mesi*, dopo i quali la sentenza avrebbe avuto esecuzione. In presenza di una tale situazione la sospensione doveva essere necessariamente concessa limitatamente riguardo a misure restrittive della libertà.

Al n. 4, infine, la sospensione si aveva laddove, *in presenza di eccezionali circostanze economiche o di natura diversa, l'esecuzione della sentenza risultasse essere gravemente lesiva per il condannato o la sua famiglia*²⁶. Tale beneficio poteva essere concesso per una sola volta e non oltre il periodo di sei mesi.

Incaricati, in questi ultimi tre casi, per la esecuzione della pena erano il *“procuratore generale per le sentenze delle corti, il procuratore del Re per le sentenze del tribunale e il pretore per le sue sentenze”*²⁷.

²⁵ Il condannato per essere oggetto di esecuzione della condanna doveva essere, al momento dell'applicazione, in istato libero. V. U. Aloisi e L. Mortara, *op. cit.*, pag. 618

²⁶ La *ratio* di tale previsione stava nel tutelare i familiari innocenti, i quali si troverebbero ad essere privati dell'aiuto del loro capo. L'art. 583 c.p.p. continuava disponendo che la sospensione poteva riguardare anche le pene pecuniarie quando, di fronte alla particolare situazione economica del condannato o della famiglia che ne impediva il pagamento della somma in un'unica soluzione, la dilazione avrebbe potuto evitare pregiudizi allo stesso o alla stessa e consentire il pagamento in più rate senza alcun danno. Cfr. U. Aloisi e L. Mortara, *op. cit.*, pag. 619

²⁷ In tal senso P. Tuozi, *Il nuovo codice di procedura penale commentato*, ed. Vallardi, Milano, 1914, pag. 642

Nelle ipotesi di persona condannata a misure restrittive di libertà personale, affetta da infermità di mente o di corpo oppure nel caso di donna incinta o che avesse partorito da meno di tre mesi si aveva l'esecuzione immediata della pena al venir meno dei presupposti che rendevano necessaria la concessione della sospensione, mentre nel caso di diniego dell'applicazione della stessa si sosteneva che non potesse essere negata al condannato la possibilità di richiamare il giudice dell'esecuzione in sede incidentale. L'esecuzione della pena continuava con possibilità di sospensione solo nel caso in cui il ricorso si fosse deciso in favore al condannato. La durata di tale beneficio dipendeva dall'autorità competente a conoscere il ricorso²⁸.

2. ... (SEGUE) E DOPO IL VARO DEL CODICE ROCCO

A partire dal 1930 l'istituto del differimento o della sospensione della pena è stato collocato nel codice penale e ciò non fu privo di polemiche. Tale istituto risultava l'eccezione rispetto alla regola dell'immediata esecuzione della sentenza divenuta definitiva. Esso rispondeva a finalità igieniche, umanitarie e di giustizia. Il 1930 è stato un anno molto importante in quanto veniva redatto dal Ministro della Giustizia, Rocco, un "nuovo" Codice penale che sarebbe andato a sostituire quello di Zanardelli del 1889. Il Codice penale di Zanardelli era volto più a reprimere che a prevenire mentre il codice del Guardasigilli Alfredo Rocco risultava essere

²⁸ Nella commissione del 1898 era stata prevista la possibilità, di fronte a tale ipotesi, di ricorrere entro 24 ore dalla negazione della sospensione al Tribunale o Corte d'appello, i quali avevano a disposizione tre giorni per decidere. Questi istituti furono poi sostituiti nel progetto preliminare del codice di procedura penale del 1913 con il giudice che aveva pronunciato sentenza di condanna. Nella stesura definitiva dell'art. 583 c.p.p., per dare una maggiore velocità e semplicità, quest'ultimo invece venne sostituito con l'autorità incaricata per l'esecuzione, non impedendo comunque la possibilità che la materia potesse andare a costituire oggetto di incidente. V. U. Aloisi e L. Mortara, *op. cit.*, pag. 620

fiducioso nella riabilitazione morale del colpevole. Durante un incontro tenuto al Senato nel 1925 il Ministro Rocco pronunciò il seguente discorso: “*credo alla necessità giuridica e sociale della pena perché la pena non è fatta soltanto per i delinquenti. La pena è fatta per tutti perché la sua funzione essenziale sta’ nel far pendere sul capo di tutti i cittadini la minaccia di una sensazione, la quale opera potentemente come contropinta psicologica, che deve indurre e induce la maggioranza dei cittadini a osservare la legge*”²⁹.

Al Ministro della Giustizia, con la legge di stato del 24-12-1925 n. 2260, veniva concessa l’autorizzazione, da parte della Camera dei deputati e del Senato, a modificare il codice penale. Il Guardasigilli Rocco nell’ottobre del 1927 andava a redigere il progetto preliminare del nuovo codice penale dove nel Libro I, Titolo V, Capo II “*Della esecuzione della pena*” agli artt. 146 e 147 c.p. si trovavano rispettivamente il **rinvio obbligatorio** e **facoltativo** della esecuzione della pena. L’art. 146 comma 1 c.p. dettava le tre ipotesi in cui avrebbe avuto tassativamente applicazione il differimento obbligatorio: nei confronti di una *donna incinta o che avesse partorito da meno di sei mesi* (eccetto, come detto in modo esplicito al comma 2, nel caso in cui il figlio muoia o sia affidato a persona diversa dalla madre, e il parto sia avvenuto da oltre due mesi) e infine nei riguardi di un *condannato a pena di morte che avesse fatto domanda di grazia*. Tale rinvio non trovava applicazione per le pene pecuniarie. All’art. 147 c.p. si prevedeva che la pena potesse essere differita discrezionalmente nei casi di *domanda di grazia*

²⁹ In tal senso G. Battaglini, *Tradizioni e riforme del nuovo codice penale*, in *Giornale dell’Avvocato*, Milano, 1931, pag. 9

(ovviamente in ipotesi in cui l'art. 146 c.p. non avrebbe potuto trovare attuazione) e di *persona affetta da condizione di grave infermità fisica*.

Successivamente alla stesura del progetto preliminare del nuovo codice penale questo fu oggetto di osservazioni e pareri da parte della Magistratura, Università e Commissioni reali e sindacati, avvocati e procuratori. Tra i tanti interventi riguardanti in generale il capo II "*Della esecuzione della pena*", la **Corte d'appello di Bologna** (Rel. Pres. Sez. Copelli) come le **Commissioni Reali e Sindacato Avvocati e Procuratori di Napoli** (Rel. Avv. Giliberti) affermarono in sostanza che le disposizioni riguardanti l'esecuzione della pena avrebbero trovato migliore collocazione nel codice di procedura penale, in particolare, per le *Commissioni Reali e Sindacato Avvocati e Procuratori di Pisa* i quali sostenevano che le norme relative al rinvio o sospensione dell'esecuzione della sentenza "*risultavano attinenti alla forma e non alla sostanza dell'esecuzione della pena*³⁰". Tali istituti successivamente scesero a trattare in modo più dettagliato articolo per articolo. Riguardo agli artt. 146 e 147 c.p. vi furono le seguenti osservazioni:

- la **Sezione Corte d'Appello di Potenza** (Rel. Avv. Gen. Caruso) affermava che le disposizioni che riguardavano il rinvio obbligatorio e facoltativo della pena erano ottime;
- le **Commissioni reali e Sindacato Avvocati e Procuratori di Cosenza** sostenevano che tali norme erano più appropriate nell'ambito della procedura penale

³⁰ Cfr. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale* Vol. 3.2 (Articoli 81-245) in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1928, pag. 233-234

- il **Sindacato Avvocati e Procuratori di Catania** disponevano che la commissione avrebbe ritenuto opportuno aggiungere all'art. 146 comma 1 c.p. anche il caso previsto dal comma 4 dell'art. 583 c.p.p. ritenendo che *“non si fosse abusato di tale facoltà, così opportuna nei casi gravi”*³¹ mentre all'art. 147 c.p., l'ipotesi di concessione del pagamento a rate della pena pecuniaria prevista nell'art. 583 c.p.p.

- la **Commissione reale Avvocati di Rovereto** asseriva l'aggiunta all'art. 147 c.p. di un terzo punto il quale avrebbe dovuto prevedere il rinvio facoltativo *“se per circostanze eccezionali l'indigente famiglia del condannato, in conseguenza dell'esecuzione, si trovasse esposta ad un pregiudizio irreparabile”*. Tale proposta trovava giustificazione dalla Commissione in quanto *“in varie contingenze, di stagione o di mestiere, il danno dell'esecuzione immediata sarebbe potuto essere irreparabile”*³².

Il 25-08-1927 venne istituita una Commissione ministeriale di magistrati, professori, avvocati e presieduta dal procuratore generale della Corte di Cassazione, Appiani. Tale commissione doveva esaminare il progetto preliminare ed esporre le critiche, le proposte e le osservazioni senza avere alcuna facoltà di modificarlo. Nella relazione introduttiva del presidente della Commissione si affermava che gli artt. 146 e 147 c.p. andavano a riprendere ciò che era già stato disposto nell'art. 583 c.p.p. del codice di procedura penale del 1913 e si stabiliva che si sarebbe parlato di rinvio e non di sospensione proprio per mettere in evidenza che l'esecuzione della pena non aveva avuto ancora inizio. La commissione cominciò i lavori il 30-

³¹ V. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *op. cit.*, pag. 246

³² V. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *op. cit.*, pag. 247

11-1927 e in 45 sedute procedette ad esaminare la parte generale. Il 3 maggio del 1928 con il verbale n. 32 approvarono gli artt. 146 e 147 c.p. Durante la sessione Gregoraci affermava che nell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. il legislatore si era preoccupato della pena di morte e ne rimandava l'esecuzione di fronte ad una domanda di grazia; chiese quindi alla commissione di prevedere che dove ci fosse la pena di morte fosse reso possibile il ricorso in Cassazione e obbligatoria la domanda di grazia al fine di prevenire nella società errori giudiziari. Massari sostenne che della proposta disposta da Gregoraci si potesse tenere conto nella procedura penale. Si giunse alla relazione riassuntiva della Commissione, che non aveva per oggetto gli artt. 146 e 147 c.p., la quale affermava che molte disposizioni del Capo II avrebbero trovato migliore collocazione nel codice di procedura o penitenziario.

Si arrivò così alla compilazione del progetto definitivo. Nella relazione, il Guardasigilli sosteneva che il rinvio potesse essere obbligatorio o facoltativo. Fu previsto il *rinvio obbligatorio* nell'ipotesi in cui la donna risultasse essere incinta (la *ratio* è quella non troncare anche la vita di un altro essere umano) ove si trattasse di pena di morte per prevenire danni o pericoli della esecuzione, ove si trattasse di pena detentiva per le difficoltà di assistenza negli stabilimenti carcerari. Inoltre tale tipo di rinvio sembrava essere appropriato anche, per le difficoltà di alimentazione, nel caso in cui il reo avesse partorito da meno di sei mesi, eccetto nell'ipotesi in cui il bambino fosse morto o fosse affidato a persona diversa dalla madre, e il parto risultasse avvenuto da oltre due mesi. Infine l'art. 146 comma 1 c.p. trovava applicazione anche nei confronti di colui che risultava essere stato condannato alla

pena di morte e avesse fatto domanda di grazia³³. Riguardo poi al *rinvio facoltativo* dell'esecuzione della pena oltre alle ipotesi di domanda di grazia e di grave infermità fisica, presenti nel progetto preliminare, si aggiungeva anche il caso di donna che avesse partorito da più di sei mesi ma da meno di un anno e non ci fosse la possibilità di affidare il bambino ad una persona diversa dalla madre. Il Ministro per evitare che la pena potesse essere rinviata a tempo indeterminato, aveva posto un termine riguardo la presentazione della domanda di grazia (sei mesi che decorrevano dal momento in cui la sentenza fosse divenuta irrevocabile) mentre per il punto n. 2 e n. 3, riguardanti rispettivamente la grave infermità fisica e la donna che avesse partorito da più di sei mesi ma da meno di un anno, risultava inutile porre un limite in quanto per il punto n. 2 si prevedeva la revoca nel momento in cui la patologia che lo aveva reso necessario veniva meno e per il punto n. 3 una volta giunti al primo anno di età del bambino oppure nel caso in cui quest'ultimo fosse morto o fosse affidato a persona diversa dalla madre³⁴.

Il 27-10-1929 il progetto definitivo passò al vaglio della commissione interparlamentare con presidente D'Amelio, designata dall'art. 2 della l. 24-12-1925 n. 2260³⁵. La 1° sottocommissione, con il verbale n. 17, si occupò di analizzare il 21-01-1930 anche il Titolo V "*Della modificazione, applicazione ed esecuzione delle pene*". Nella seduta erano presenti i Senatori De Blasio e Stoppato e il Deputato Fera. Durante la sessione relativa al rinvio facoltativo e obbligatorio

³³ Cfr. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con relazione del Guardasigilli dell'on. Rocco: Relazione sul Libro I del Progetto* Vol. 5.1 in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1929, pag. 196

³⁴ V. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *op. cit.*, pag. 197

³⁵ V. art. 2 della l. n. 2260/1925 dispone che "*I progetti dei decreti che approvano i nuovi testi del codice penale, del codice di procedura penale e delle leggi sull'ordinamento giudiziario emendati saranno sottoposti all'esame e al parere delle stesse Commissioni parlamentari che hanno esaminato il presente disegno di legge, insieme riunite, che si suddivideranno in 3 sottocommissioni*".

della pena i presenti fornirono alcune loro osservazioni. De Blasio affermò che attraverso questi due articoli tutti avrebbero teso a fare domanda di grazia e ad indicare il loro caso come compatibile con l'applicazione di tale beneficio. Inoltre la sospensione si sarebbe attivata automaticamente fino a quando non si fosse deciso sulle tantissime domande poste per la sospensione o differimento dell'esecuzione della pena. Il senatore e Stoppato fecero notare che gli articoli non indicavano se a decidere sulla loro applicazione o meno dovesse essere il giudice o il Ministro della Giustizia. Il consigliere di cassazione Aloisi, che assistette a tale seduta, ritenne che tale materia fosse propria del codice di procedura penale. Nella relazione riassuntiva dei lavori della 1° sottocommissione nulla venne detto a riguardo. Alla fine dei lavori delle tre sottocommissioni, la Commissione parlamentare redasse una relazione generale riguardante i lavori effettuati nelle sottocommissioni. All'interno di tale relazione la commissione affermò che mentre nell'art. 583 c.p.p. del 1913 veniva previsto una sospensione facoltativa della esecuzione della pena nei riguardi di donna incinta, adesso nel Progetto del nuovo codice penale si andava ad indicare, in tale fattispecie, l'applicazione del rinvio obbligatorio. La Commissione guardava come positivo la dicitura "rinvio" rispetto a "sospensione" e infine approvava l'articolo del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena.

Il Ministro della Giustizia non fece altro che prendere atto delle osservazioni disposte dalla Commissione giungendo così alla stesura del Codice penale che ebbe la firma reale a San Rossore 19-10-1930 con decreto di attuazione a partire dal 1-07-1931. Tale redazione venne accompagnata dalla Relazione a Sua Maestà il Re e con essa, il Guardasigilli Rocco tra le tante precisazioni affermò che la

Commissione parlamentare aveva proposto che le disposizioni riguardanti l'esecuzione della pena detentiva avrebbero avuto migliore collocazione nel regolamento per gli istituti di pena. Il Ministro Rocco dichiarò che nel regolamento dovevano essere inserite norme non fondamentali e di dettaglio mentre nel codice penale dovevano collocarsi tutte le disposizioni fondamentali oggetto di questa materia.

Nell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. si prevedeva che il rinvio obbligatorio potesse essere applicato nel caso in cui il "condannato a pena di morte avesse fatto domanda di grazia" proprio a causa della irreparabilità dell'esecuzione capitale. Tale beneficio sarebbe stato revocato e, quindi, si sarebbe proceduto con l'esecuzione della pena di morte, nel momento in cui al pubblico ministero fosse giunta la comunicazione del rigetto della domanda di grazia. La pena di morte fu reintrodotta con il Codice Rocco in quanto il codice penale precedente l'aveva abolita³⁶.

Anche nell'art. 147 comma 1 n. 1 c.p. si disponeva la possibilità di applicare il beneficio di fronte alla domanda di grazia. Ovviamente tale testo si riferiva a condanne che avessero per oggetto pene detentive e pene pecuniarie. Le pene pecuniarie non potevano essere oggetto del rinvio obbligatorio³⁷ e anche per queste si prevedeva un limite di sei mesi per richiedere il differimento a partire dalla data in cui la sentenza era divenuta irrevocabile.

³⁶ Il D.L. 10 agosto 1944, n. 224 ha abolito la pena di morte prevista nel codice penale. All'art. 27 Cost. si precisa il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e non ammette la pena di morte se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra. Successivamente con la l. cost. 2-10-2007, n. 1 la dicitura «*Non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra*» è stata sostituita con «*Non è ammessa la pena di morte*»

³⁷ Il codice del 1930 esclude l'estensione del differimento alle pene pecuniarie. Trovano applicazione per la rateazione le competenze degli enti pubblici riconosciuti dalle leggi e regolamenti speciali. Cfr. A. Cordova, *Commento al codice di procedura penale* Vol. II, Edizioni de La Toga, Napoli, 1934, pag. 311

Il 1930 fu l'anno in cui, oltre ad un nuovo codice penale, trovò realizzazione anche il "nuovo" codice di procedura penale che sostituì quello del 1913. La disciplina dei soggetti incaricati a procedere al differimento dell'esecuzione della pena trovava collocazione in tale codice. Il Guardasigilli Rocco, nella relazione che accompagnava il **Progetto preliminare del codice di procedura penale**, riconfermò la funzione esecutiva nelle mani del pubblico ministero e del pretore³⁸ (eccetto l'incidente di esecuzione la cui competenza aspettava al giudice) prevedendo la possibilità di differire l'esecuzione della pena anche laddove fosse già stata eseguita la richiesta di cattura del condannato³⁹. Nel progetto preliminare il differimento dell'esecuzione della pena trovava disciplina inizialmente all'art. 600 c.p.p. dove si asseriva che il pubblico ministero era incaricato di procedere in modo esclusivo al differimento nei casi previsti dall'art. 146 c.p. comma 1 nn. 1 e 2 (rispettivamente "donna incinta" o "che avesse partorito da meno di sei mesi") e nelle ipotesi indicate nell'art. 147 c.p. comma 1 al nn. 2 e 3 (rispettivamente "persona affetta da grave infermità fisica" e "donna che avesse partorito da più di sei mesi ma da meno di un anno e non vi fosse modo di affidare il figlio ad una persona diversa dalla madre") mentre nell'ipotesi n. 3 al comma 1 dell'art. 146 c.p. ("persona condannata a pena di morte che avesse fatto domanda di grazia") solo "*se la domanda fosse stata presentata a lui o gli consti che sia stata presentata al Ministro della giustizia; altrimenti il differimento sarebbe ordinato da quest'ultimo*"⁴⁰. Infine si affidava in modo esclusivo al Ministro della Giustizia la

³⁸ Cfr. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *Progetto preliminare di un nuovo Codice di procedura penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco* Vol. VIII in *Lavori preparatori del codice di procedura penale*, Tipografia della Mantellate, Roma, 1929, pag. 119

³⁹ V. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *op. cit.*, pag. 122

⁴⁰ V. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *op. cit.*, pag. 402

fattispecie indicata all'art. 147 comma 1 n. 1 c.p. ("presentazione della domanda di grazia"). Al comma 4 e 5 dell'art. 600 c.p.p. si affermava che laddove l'ordine di cattura fosse stato già disposto, il pubblico ministero provvedeva alla liberazione per le ipotesi indicate al comma 1 nell'art. 146 c.p. mentre nelle fattispecie previste all'art. 147 c.p. l'incarico sarebbe aspettato al Ministro della Giustizia.

Il pubblico ministero, laddove il differimento fosse derivato dalla presentazione della domanda di grazia, doveva procedere alla esecuzione della pena indicata con la sentenza di condanna o di quella commutata per grazia nel caso in cui rispettivamente tale richiesta venisse rigettata o gli fosse pervenuto il decreto Reale di grazia, mentre nelle altre ipotesi qualora vadano a cessare le cause per cui era stato richiesto il rinvio o se fosse commesso un nuovo reato o vi fosse sospetto di una fuga.

Successivamente il progetto preliminare venne caratterizzato da alcune osservazioni fatte dalla magistratura e dalle commissioni reali e sindacati avvocati e procuratori, riguardo l'art. 600 c.p.p. Le osservazioni furono le seguenti:

- la **Corte di Cassazione del Regno** sosteneva che la competenza del procuratore generale riguardo al differimento e all'eventuale liberazione dovesse estendersi anche nelle ipotesi previste all'art. 147 comma 1 c.p. quando la richiesta di cattura avesse già avuto inizio⁴¹.
- la **Corte d'appello di Bologna** affermava che la possibilità di procedere in presenza delle ipotesi tassativamente indicate negli artt. 146 e 147 c.p. al differimento anche laddove la richiesta di cattura avesse già avuto inizio nei

⁴¹ Cfr. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *Osservazioni e proposte sul progetto di un nuovo codice di procedura penale* Vol. IX in *Lavori preparatori del codice di procedura penale*, Tipografia della Mantellate, Roma, 1930, pag. 546

confronti del condannato a pena detentiva con conseguente liberazione, fosse una innovazione non prevista nel codice di procedura penale del 1913 e rispondente ai criteri di umanità e non in contrasto con i principi processuali⁴². Anche la **Commissione Reale Avvocati di Torino** risultava concorde con quanto detto dalla Corte d'appello di Bologna, aggiungendo che *“la sospensione della esecuzione della pena di morte, in seguito a presentazione di domanda di grazia, costituisce un doveroso omaggio alla prerogativa reale*^{43”}

- il **Sindacato Avvocati e Procuratori di Catania** sostenevano che non vi fosse ragione di non menzionare, accanto al pubblico ministero, anche la figura del pretore nel campo delle competenze sull'esecuzione⁴⁴

- le **Commissioni Reali Avvocati e Procuratori di Rovereto** proponevano “di cambiare nella ultima parte la parola *reato* in *delitto* troppo grave sembrando, altrimenti, il provvedimento^{45”}

Nel progetto definitivo il Ministro Rocco affiancò al pubblico ministero, come da indicazioni derivanti dalle precedenti osservazioni, la figura del pretore⁴⁶ e in seguito venne poi sottoposto al parere della Commissione parlamentare. La 1° sottocommissione con il verbale n. 9, redatto alla fine della seduta del 17 giugno 1930, apportò delle proposte.

Il Sostituto procuratore generale di Cassazione Saltelli affermò che le due disposizioni previste nel progetto del codice penale indicavano tassativamente

⁴² V. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *op. cit.*, pag. 546-547

⁴³ V. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *op. cit.*, pag. 547

⁴⁴ V. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *op. cit.*, pag. 547

⁴⁵ V. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *op. cit.*, pag. 547

⁴⁶ Cfr. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *Progetto definitivo di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco* Vol. X in *Lavori preparatori del codice di procedura penale*, Tipografia della Mantellate, Roma, 1930, pag. 82

ipotesi di differimento della esecuzione della pena da applicare nei confronti di persone non ancora oggetto di applicazione della pena al fine di evitare danni che la privazione della libertà avrebbe potuto comportare nei riguardi del reo. Egli sosteneva che laddove il condannato avesse già in corso l'esecuzione della pena sarebbe venuta meno la *ratio* per cui la legge prevedeva il rinvio della esecuzione della pena e che doveva essere garantita la difesa sociale. Il sostituto procuratore generale di Cassazione disponeva che le ragioni per cui il legislatore aveva provveduto, nell'ipotesi in cui l'ordine di cattura fosse già in stato di esecuzione, a disciplinare la liberazione da parte del pubblico ministero o del pretore nei casi di donna incinta e della prole nascita era solo per motivi igienici, umanitari e demografici⁴⁷.

Il presidente della commissione D'Amelio sosteneva che l'ultimo capoverso così come formulato nel progetto sembrava dare l'idea che la sentenza dovesse avere esecuzione immediata (senza attesa del responso della domanda) nei confronti del condannato a pena di morte che avesse fatto domanda di grazia nell'ipotesi in cui avesse cercato di evadere o avesse malmenato un secondino⁴⁸. In risposta a tale affermazione, Saltelli dispose che *“il dubbio non sembra possa sorgere, quando l'ultimo capoverso dell'articolo sia coordinato con le altre parti dell'articolo stesso”*⁴⁹. Il presidente tuttavia affermava che nell'ultimo capoverso sarebbe stato

⁴⁷ Cfr. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *Atti della Commissione parlamentare chiamata a dare il parere sul progetto di un nuovo Codice di procedura penale* Vol. XI in *Lavori preparatori del codice di procedura penale*, Tipografia della Mantellate, Roma, 1930, pag. 125

⁴⁸ V. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *op. cit.*, pag.125

⁴⁹ V. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *op. cit.*, pag.125

più giusto sostituire la dicitura “negli altri casi” con “se l’esecuzione della pena non sia sospesa per domanda di grazia”⁵⁰.

Questa ultima osservazione venne ribadita nella relazione riassuntiva dei lavori della 1° commissione parlamentare e nella relazione generale sui lavori della Commissione. L’art. 600 c.p.p. si presentava così, alla conclusione delle proposte della commissione parlamentare, sostanzialmente identico a quello contenuto nel progetto definitivo presentato dall’on. Alfredo Rocco con la sola sostituzione sopra detta nell’comma 7.

Nel **testo definitivo del codice di procedura penale del 1930** il differimento della esecuzione della pena ebbe collocazione nell’art. 589 c.p.p. nel Libro IV “*Dell’Esecuzione*”, Titolo II “*Dell’esecuzione penale*” e Capo I “*Dell’esecuzione delle varie specie di pene*”.

Il Ministro Alfredo Rocco, nella relazione a S. M. il Re per l’approvazione del testo definitivo del codice di procedura penale, affermava che l’art. 589 c.p.p., riguardante il differimento dell’esecuzione della pena, era stato coordinato con il testo definitivo degli artt. 146 e 147 del codice penale⁵¹.

L’art. 589 c.p.p. presentava alcune divergenze rispetto all’art. 600 c.p.p. del progetto definitivo:

- al comma 2 dell’art. 589 c.p.p. si stabiliva che nell’ipotesi indicata all’art. 146 comma 1 n. 3 c.p. a differenza del progetto definitivo, il quale attestava la competenza del pubblico ministero laddove la domanda di grazia fosse stata

⁵⁰ V. Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, *op. cit.*, pag.125-126

⁵¹ V. G. Davicini, *Codice penale e codice di procedura penale (R.D. 19 ottobre 1930-VIII, n. 1398 e 1399): preceduti dalle rispettive relazioni ministeriali e corredati di ricco indice analitico-alfabetico con riferimento agli articoli dei Codici e ai paragrafi delle relazioni ministeriali*, Unione tipografico-edizione torinese, 1931, pag. 386

presentata a lui o se gli consti che sia stata presentata al Ministro della Giustizia altrimenti il differimento veniva ordinato da quest'ultimo, non poteva essere ordinata l'esecuzione della pena di morte prima di avere la decisione sulla domanda di grazia

- nella prima parte del 4° comma si aveva la sostituzione delle parole *“la richiesta di cattura”* con *“l'ordine di carcerazione”* mentre nell'ultima parte dello stesso comma a differenza del progetto definitivo, dove si stabiliva che nell'ipotesi in cui l'esecuzione della pena di morte fosse già disposta e venisse presentata domanda di grazia il pubblico ministero provvedeva per il differimento, nel testo definitivo il pubblico ministero non era chiamato a differire ma a *“sospendere l'esecuzione finché non si è provveduto sulla domanda medesima”*

- nella parte iniziale del comma 7 dell'art. 589 c.p.p. il Ministro Rocco ribadiva le parole *“negli altri casi”* non apportando quel cambiamento che era stato suggerito dalla commissione parlamentare. Nel testo definitivo si faceva riferimento sia al differimento che alla sospensione, a differenza dell'art. 600 del progetto definitivo del codice di procedura penale che parlava solo di differimento. L'art. 589 c.p.p. stabiliva la riattivazione dell'esecuzione della pena di fronte alla cessazione di quelle cause per le quali l'istituto del differimento o della sospensione avrebbero trovato applicazione. Infine nel testo definitivo non si trovava più alcun riferimento alle ipotesi di sospetto di fuga e al caso in cui il condannato avesse commesso un nuovo reato, circostanze che fino al progetto definitivo portavano al ripristino dell'espiazione della pena.

3. ALCUNE RIFLESSIONI SULLA SUCCESSIVA EVOLUZIONE LEGISLATIVA

Il rinvio dell'esecuzione della pena ha avuto nel corso del tempo una evoluzione legislativa soprattutto riguardo alla donna. Dal Codice penale albertino del 1839, a seguire nel Codice di procedura criminale del 1847 e infine nel Codice di procedura penale del 1865 la concessione della sospensione era prevista per il solo caso di condanna a pena capitale. La *ratio*, come detto al primo paragrafo, era riconducibile a motivi prettamente umanitari, non tanto riferibili alle condannate quanto al nascituro in quale non poteva essere considerato colpevole del reato compiuto dalla madre. Per tale ragione si procedeva ad una sospensione della pena fino al momento del parto.

Solo a partire del codice di procedura penale del 1913 e poi con il codice penale del 1930 tale beneficio è stato previsto alla donna incinta condannata a pena detentiva arrivando anche ad estenderla, per un tempo limitato, al periodo successivo al parto. Occorre mettere in evidenza anche i cambiamenti, avvenuti nel corso della storia codicistica, relativi alla collocazione dell'istituto di sospensione dell'esecuzione della pena. Come descritto nei due paragrafi precedenti fino al 1930 questo istituto risultava inserito nel codice di procedura penale; solo a partire da tale anno è stato introdotto nel codice penale.

Sul punto si avevano opinioni assai diversificate in conseguenza dell'incerta posizione della disciplina relativa all'esecuzione penale. Queste divergenze derivavano dal dubbio se la materia dovesse avere sede nel diritto penale o nel

diritto processuale. Qualche autore⁵² arrivava a proporre di dover dare all'esecuzione penale una sistemazione autonoma andando così ad affiancare al diritto penale e al diritto processuale penale un nuovo ramo del diritto: il “*diritto penitenziario*” o “*diritto esecutivo*”. Tale idea non ebbe però un seguito in quanto autori come Marsich e Conti ritenevano che il diritto penitenziario non fosse altro che una branca del diritto penale⁵³.

Di opinione diversa erano Santoro e Marsich i quali, posto che il diritto di punire rientrava nel diritto penale e il diritto d'azione nel diritto processuale penale, sostenevano che la sospensione dell'esecuzione della pena avrebbe dovuto avere sede nel campo processuale in quanto lo Stato rinunciava - parzialmente – non alla pretesa punitiva ma alla sua realizzazione in presenza di determinati presupposti che lo avrebbero costretto, temporaneamente o definitivamente, a dilazionare l'esecuzione della condanna divenuta ormai definitiva⁵⁴.

Infine Manzini sosteneva che “l'esecuzione penale rientrasse nel diritto sostantivo in quanto consisteva nella realizzazione, nell'estinzione e nel disconoscimento della pretesa punitiva dello Stato mentre nel diritto processuale penale si potevano ritrovare le norme che determinavano le condizioni e i presupposti di eseguibilità dei provvedimenti giurisdizionali, che designavano gli organi incaricati di promuovere (quindi non attuare) l'esecuzione e quelle che disciplinavano il contenzioso esecutivo”⁵⁵. Egli arrivò a sostenere che la sospensione dell'esecuzione della pena dovesse rientrare nel diritto penale materiale perché con questo istituto

⁵² V. la dottrina citata in A. Santoro, *Fondamenti della esecuzione penale*, Litografia delle Mantellate, Roma, 1931, pag. 6

⁵³ Cfr. A. Santoro, *op. cit.*, pag. 7

⁵⁴ V. P. Marsich, *L'esecuzione penale (saggio introduttivo)*, CEDAM, 1927, pag. 30

⁵⁵ V. A. Santoro, *op. cit.*, pag. 9

lo Stato rinunciava (parzialmente o totalmente; in modo assoluto o condizionato) alla potestà di realizzare una pretesa punitiva⁵⁶. A sostegno delle idee di Manzini ci furono anche Bennecke e Beling i quali sostenevano che nel diritto materiale dovesse inserirsi parte della dottrina dell'esecuzione mentre la forma, il modo, il come, il dove e il quando dell'esecuzione avrebbe dovuto collocarsi nel diritto penale processuale⁵⁷.

Di fronte a queste diverse affermazioni sull'argomento, nella stesura del codice penale del 1930 il Guardasigilli Rocco, aderendo all'opinione manifestata da Manzini, procedette ad inserirvi la disciplina del rinvio dell'esecuzione della pena ritenendo che con l'esecuzione della sentenza ci sarebbe stata la nascita non di un rapporto tra giudice e reo ma tra Stato e autore del reato avente per oggetto il diritto del primo alla pena e l'obbligo del condannato di assoggettarsi ad essa. Inoltre non essendoci alcuna azione esecutiva la natura dell'istituto non avrebbe potuto essere processuale⁵⁸. Infine si riteneva che anche le cause che andavano ad ostacolare o a dilazionare l'esecuzione della condanna⁵⁹ rientrassero nel diritto penale.

Alla fine di questo primo capitolo occorre fare una riflessione anche riguardo al soggetto incaricato all'applicazione del rinvio dell'esecuzione della pena. Oltre a diversità nel campo della collocazione vi furono divergenze anche sulla natura dell'esecuzione penale. Alcuni autori (es. Mortara, Florian e dai giuristi tedeschi)⁶⁰ sostenevano che avesse una connotazione giurisdizionale mentre altri (es. Marsich

⁵⁶ V. A. Santoro, *op. cit.*, pag. 10

⁵⁷ Cfr. P. Marsich, *op. cit.*, pag. 27

⁵⁸ V. A. Santoro, *op. cit.*, pag. 132

⁵⁹ Cfr. A. Santoro, *L'esecuzione penale*, Unione tipografica, Editrice torinese, 1953, pag. 237

⁶⁰ Tali autori, in sintesi, sostenevano il carattere giurisdizionale della esecuzione in quanto alla base vi era una sentenza e da essa potevano nascere delle contestazioni la cui risoluzione si affidava al giudice e anche laddove ciò non accadesse, questa funzione giurisdizionale si riteneva immanente nel procedimento esecutivo. In tal senso G. Sotgiu, *L'esecuzione penale*, Libreria Ulpiano, Roma, 1935, pag. 137

e dai giuristi francesi)⁶¹ ritenevano che avesse una natura amministrativa ma la teoria che in Italia prese il sopravvento fu quella “*mista*”⁶², secondo cui l’esecuzione penale avrebbe avuto sia una connotazione giurisdizionale per quanto riguarda il controllo giuridico dell’esecuzione stessa sia una natura amministrativa.

Nel codice di procedura penale del 1865 la competenza dell’esecuzione penale, in particolare riguardo alla sospensione dell’esecuzione della pena, veniva affidata al pubblico ministero o al pretore (organo amministrativo⁶³) ed in linea generale, a causa dell’influenza dell’ideologia francese, questa aveva una connotazione amministrativa.

La competenza del pubblico ministero o del pretore rimase anche all’art. 583 del codice di procedura penale del 1913 per il punto n. 2 (persona che si trovi in condizioni di infermità di mente o di corpo), n. 3 (donna incinta o che abbia partorito da meno di tre mesi) e n. 4 (condannato o famiglia che per circostanze eccezionali, in conseguenza dell’esecuzione della pena, si trovino esposti ad un

⁶¹ Marsich giustificava il carattere esclusivamente amministrativo sostenendo che a differenza degli atti giurisdizionali il diritto non costituiva l’essenza e il fine unico ma un mezzo con cui si tendeva alla realizzazione degli scopi di ordine politico sociale andando così a concretizzare la sentenza. Al momento dell’esecuzione della pena il conflitto risultava avere già una soluzione con la sentenza e vi era solo l’interesse dello Stato all’applicazione della stessa. Tuttavia poteva succedere che durante gli atti esecutivi ci fossero dei conflitti portando alla esplicazione della funzione giurisdizionale ma ciò non toglieva il carattere amministrativo dell’esecuzione e quindi l’attribuzione dei poteri al pubblico ministero. Cfr. G. Sotgiu, *op. cit.*, pag. 138-139-140

⁶² Santoro, sostenitore della teoria mista, riteneva che l’esecuzione fosse un’attività complementare della giurisdizione e che la precostituzione del giudice avesse valore giurisdizionale solo quando si poneva come tale, cioè nell’incidente di esecuzione. Laddove ciò si andasse a verificare non comportava comunque la giurisdizionalizzazione dell’intero procedimento. All’affermazione di Mortara, sostenitore della natura giurisdizionale dell’esecuzione, che “la giurisdizione coincideva con il riconoscimento di diritti soggettivi da parte del giudice”, Santoro rispondeva che ciò non era che un’ulteriore prova del non carattere giurisdizionale dell’esecuzione in quanto i diritti soggettivi sarebbero riconosciuti dal giudice tramite la sentenza e non con l’esecuzione della pena. Della stessa ideologia di Santoro vi era anche Manzini. V. G. Sotgiu, *op. cit.*, pag. 137-138-140

⁶³ Su tale affermazione non vi era uniformità di pensiero: mentre Manzini deduceva la natura amministrativa e non giurisdizionale degli atti di istruzione sommaria dalla natura dell’organo, Leone sosteneva di dover mantenere divisa la natura dell’organo dalla natura degli atti ritenendo che anche ad un organo amministrativo non era precluso il compimento di alcune funzioni giurisdizionali. In tal senso G. Catalani, *Manuale dell’esecuzione penale*, 2° ed, Giuffrè editore, Milano, 1987, pag. 18-19

grave pregiudizio) mentre per l'ipotesi n. 1 (cioè per la sospensione dell'esecuzione della pena di fronte ad una domanda di grazia) la competenza risultava attribuita al Ministro della Giustizia (ovviamente salvo la facoltà di riservarsi di affidare l'incarico al pubblico ministero).

Nel 1930 l'identificazione dell'autorità competente, come detto nel secondo paragrafo, si ritrovava nel nuovo codice di procedura penale all'art. 589. Anche in quest'ultimo articolo l'incarico per l'applicazione di tale beneficio, qualora l'esecuzione della pena non avesse avuto ancora inizio, si manteneva in capo al pubblico ministero o al pretore per le ipotesi contenute nell'art. 146 comma 1 c.p. (donna incinta o che avesse partorito da meno di sei mesi e persona condannata a pena di morte che avesse fatto domanda di grazia) e per quelle al nn. 2 e 3 (rispettivamente persona affetta da grave infermità fisica e donna che avesse partorito da più di sei mesi ma da meno di un anno e non vi fosse modo di affidare il figlio ad una persona diversa dalla madre) del comma 1 dell'art. 147 c.p. lasciando invece la fattispecie n. 1 (presentazione della domanda di grazia da parte del condannato) alla competenza esclusiva del Ministro della Giustizia. Laddove invece l'ordine di carcerazione avesse già avuto inizio il pubblico ministero o il pretore avrebbero provveduto alla liberazione del condannato nei casi sopra detti e indicati all'art. 146 comma 1 c.p. mentre nelle tre situazioni elencate dall'art. 147 comma 1 c.p. la competenza sarebbe passata esclusivamente al Ministro della Giustizia. Infine aspettava al pubblico ministero o al pretore procedere alla revoca del beneficio con inizio o continuazione dell'espiazione della pena qualora la domanda di grazia fosse stata rigettata (se il differimento o la sospensione

dell'esecuzione della pena fosse stata concessa dietro presentazione della domanda di grazia) o fossero venuti meno i motivi per cui era stato accordato.

Il Ministro Rocco introdusse anche un nuovo istituto che non aveva precedenti nella legislazione, il “*giudice di sorveglianza*”, il quale trovava disciplina nel Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena approvato con r.d. 18 giugno 1931 n. 787.

Tale giudice andò a sostituire il pubblico ministero nel compito di controllare la legale esecuzione della pena e al quale si attribuiva una natura amministrativa (anche se alcune volte era chiamato a svolgere anche funzioni di carattere giurisdizionale)⁶⁴. La creazione, da parte del legislatore, di tale figura derivava dalla volontà di consentire una rieducazione del condannato e di abbandonare l'esclusiva devoluzione della fase esecutiva alla Pubblica Amministrazione cercando così di dare inizio ad un percorso di giurisdizionalizzazione⁶⁵ dell'esecuzione della pena. Si può così giungere alla conclusione che per il periodo anteriore al 1930 e con il Codice penale e di procedura penale del Ministro Alfredo Rocco l'esecuzione penale, in particolare l'istituto del differimento dell'esecuzione della pena, avesse una connotazione non giurisdizionale (in quanto non vi era l'intervento del giudice salvo alcune eccezioni) ma *amministrativa*.⁶⁶

⁶⁴ V. G. Sotgiu, *op. cit.*, pag. 192-193-194

⁶⁵ V. G. Guarnieri, *Giudice di sorveglianza*, in *NsD*, Unione tipografica, Torino, 1961, pag. 873

⁶⁶ Cfr. A. Santoro, *Manuale di diritto processuale penale*, Unione tipografo-Editrice Torinese, 1934, pag. 695-696

CAPITOLO II

VERSO LA GIURISDIZIONALIZZAZIONE DEL RINVIO DELL'ESECUZIONE DELLA PENA

Sommario: 1. La riforma dell'ordinamento penitenziario con la legge n. 354/1975 e il progetto preliminare del codice di procedura penale del 1978 – 2. Un'importante declaratoria di incostituzionalità: Corte cost. sent. n. 114/1979 – 3. La “*legge Gozzini*” del 1986 – 4. Il “nuovo” codice di procedura penale: l'art. 684 – 5. Corte cost. sent. n. 274/1990

1. LA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO CON LA LEGGE N. 354/1975 E IL PROGETTO PRELIMINARE DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE DEL 1978

L'idea di una connotazione giurisdizionale dell'aspetto esecutivo della pena fu messa in evidenza a partire dalla **legge delega n. 108 del 3-04-1974** riguardante l'emanazione di un nuovo codice di procedura penale. Tale legge delega all'art. 2 al punto n. 79 esprimeva il principio a cui il Governo avrebbe dovuto attenersi nella stesura del codice: la “*giurisdizionalizzazione dei procedimenti concernenti la modificazione e la esecuzione della pena e la applicazione delle misure di sicurezza; garanzia del contraddittorio; effettivo giudizio sulla pericolosità; impugnabilità dei provvedimenti*”⁶⁷.

⁶⁷ V. art. 2 n. 79 della legge delega del 3 aprile 1974

In attesa però della redazione del progetto preliminare del codice di procedura penale la **legge n. 354 del 26 luglio 1975** procedette a riformare l'ordinamento penitenziario. Questa legge, che derivava da un lungo *iter* legislativo, si presentava come un superamento del regolamento per gli Istituti di prevenzione e di pena (r.d. 18 giugno 1931 n. 787) in quanto quest'ultima risultava essere improntata su una ideologia afflittiva e repressiva della pena mentre la l. 354/1975 era volta verso un recupero e una rieducazione del reo. Questo cambiamento derivava dall'esigenza di procedere ad un adeguamento normativo in particolare con l'entrata in vigore della Costituzione nel 1948 (infatti l'art. 27 Cost. vietava pene che avessero per oggetto trattamenti inumani dovendo invece tendere alla rieducazione del condannato).

Dal 1975 in poi, l'ordinamento penitenziario troverà disciplina non più mediante regolamento ma attraverso legge formale⁶⁸.

L'*iter* della riforma dell'ordinamento penitenziario cominciò a partire dal 1947 ma l'inizio e la conclusione si ebbe con l'iniziativa governativa del Guardasigilli Gonnella presentata il 31-10-1972 al Senato (S. n. 538) e che il 20-12-1973 vide l'approvazione della procedura abbreviata del disegno di legge con assegnazione alla commissione di giustizia in sede redigente. Nella seduta del 4-04-1973 il Presidente Bertinelli della commissione dispose, al fine di dar vita ad una procedura rapida, la discussione di tale disegno presso una sottocomitato (composto dai

⁶⁸ Il ricorso alla legge formale era giustificato dal contenuto oggetto della disciplina dell'ordinamento penitenziario (es. la tutela dei diritti soggettivi e di importanti interessi), per i particolari istituti che il legislatore aveva voluto inserire all'interno e infine il convincimento che ai provvedimenti giurisdizionali dovevano accostarsi anche tutte quelle procedure e azioni che potevano rientrare nel termine "trattamento penitenziario". V. G. Di Gennaro, R. Breda e G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 1997, pag. 380

senatori Coppola, con funzioni di presidente Follieri, Martinazzoli, Mariani, Galante Garrone, Viviani, Lugnano, Petrella e Cifarelli), il quale, con emendamenti o meno, avrebbe poi proposto un testo alla commissione⁶⁹. Nella seduta del 21-11-1973 la Commissione iniziò ad esaminare, articolo per articolo, il testo che gli era stato propinato dal sottocomitato. Oltre al codice penale del 1930, come visto nel precedente capitolo, anche nella proposta presentata dal sottocomitato nel Titolo I “*Trattamento penitenziario*”, Capo VI “*Differimento dell’esecuzione della pena*” all’art. 44 *bis* si indicavano i casi di differimento obbligatorio e facoltativo. L’art. 44 *bis* si articolava in cinque commi. Nel 1° comma venivano previsti i due casi - donna incinta e donna che avesse partorito da meno di sei mesi - in cui “*l’esecuzione della pena detentiva o l’assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa lavoro sono differite, con provvedimento del magistrato di sorveglianza*”; nel comma 2 si affermava che la revoca del differimento, nel caso di donna che avesse prole di età inferiore a sei mesi, si applicava solo “*qualora il figlio muoia o sia affidato a persona diversa dalla madre e il parto sia avvenuto da oltre due mesi*”. Il 3° comma disponeva quattro ipotesi (rispettivamente presentazione di domanda di grazia; misura limitativa della libertà che doveva essere eseguita contro chi si trovava in condizione di grave infermità psichica e fisica; misura restrittiva della libertà che doveva essere eseguita nei confronti di una donna che avesse partorito da più di sei mesi ma da meno di un anno e non vi fosse modo di affidare la prole a persona diversa dalla madre e infine nei casi di pena non superiore a tre anni su domanda dell’interessato, per non più di tre mesi qualora vi fossero gravi motivi) dove, in

⁶⁹ V. Atti parlamentari, Senato della Repubblica 2° Commissione (Giustizia) VI Legislatura, *Resoconto stenografico della seduta 4 aprile 1973*, pag. 565

presenza di una di queste, *“l’esecuzione della pena detentiva o l’assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa lavoro sono differite, con provvedimento del magistrato di sorveglianza⁷⁰”*. Al comma 4 e 5 si parlava della revoca del differimento facoltativo rispettivamente nella ipotesi in cui la concessione fosse avvenuta per la presentazione di domanda di grazia (prevista dopo sei mesi dalla irrevocabilità della sentenza) o di fronte a una madre con prole di età non inferiore a sei mesi ma non superiore a un anno che non avesse la possibilità di affidare ad altri il figlio (qualora il figlio fosse morto o fosse stato affidato a persona diversa dalla madre).

Di fronte a tale inserimento vi erano stati dei cambiamenti posti dalla commissione di giustizia. Il senatore Coppola pose l’interrogativo se dinanzi alla presentazione della domanda di grazia dovesse automaticamente essere sospesa l’esecuzione della pena. A tale interrogativo dette risposta il senatore Petrella affermando che una tale concessione era rimessa in realtà alla discrezionalità del giudice di sorveglianza. Il senatore Coppola fece notare che il suo dubbio aveva trovato fondamento al 3° comma dove vi era la dicitura *“sono differite”* invece che *“possono essere differite”*. Il relatore della commissione, Follieri, mise fine a tale problema disponendone la correzione. Il Ministro di Grazia e Giustizia, Zagari, propose una serie di modifiche:

- al 1° comma propose la sostituzione della frase *“l’esecuzione della pena detentiva o l’assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa lavoro sono differite, con provvedimento del magistrato di sorveglianza”* con *“l’esecuzione*

⁷⁰ Cfr. Atti parlamentari, Senato della Repubblica 2° Commissione (Giustizia) VI Legislatura, *Resoconto stenografico della seduta 28 novembre 1973*, pag. 786 (sono riprese da questo documento le frasi in corsivo virgolettate che precedono tale nota)

di una pena detentiva e *della misura di sicurezza* dell'assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro è *differita ovvero sospesa se già iniziata*"

- al 3° comma suggerì di cambiare la dicitura "l'esecuzione della pena detentiva o l'assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa lavoro sono differite, con provvedimento del magistrato di sorveglianza" con "l'esecuzione di una pena detentiva e *della misura di sicurezza* dell'assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro *può essere differita ovvero sospesa se già iniziata*".

Riguardo le quattro ipotesi in cui il rinvio trovava applicazione per il n. 2 e n. 3 avanzava l'idea di accostare alla parola "la pena" la dicitura "misura di sicurezza"; per il n. 3 la frase "... e non vi è modo di affidare il figlio ad altri che alla madre" lasciava il posto alla dicitura "... *e non vi è modo di affidare il figlio ad altri*" infine per il n. 4 che prevedeva "nei casi di pena non superiore a tre anni, su domanda dell'interessato, e per non più di tre mesi qualora ci fossero gravi motivi" avanzava l'idea di sostituirlo con "*su domanda dell'interessato, per non più di tre mesi, ove sussistano gravi motivi*"

- per il 4° comma esprimeva l'idea di aggiungere "*il differimento o la sospensione cessa comunque appena al magistrato di sorveglianza è pervenuta notizia del rigetto della domanda di grazia*"⁷¹

- tra il 4° e il 5° comma proponeva di inserire la disciplina dell'applicazione della revoca anche per coloro che avevano avuto la concessione del rinvio in quanto affetti da grave infermità ovvero "*Nel caso indicato nel numero 2 il differimento o la sospensione cessa quando lo stato di gravità ha termine*"

⁷¹ Cfr. Atti parlamentari, Senato della Repubblica 2° Commissione (Giustizia) VI Legislatura, *Resoconto stenografico della seduta 28 novembre 1973*, pag. 787 (sono riprese da questo documento le frasi in corsivo virgolettate che precedono tale nota)

- nel 5° comma (ormai divenuto comma 6) il ministro di Grazia e Giustizia avanzava l'idea di cambiare la parola "qualora" con "*quando*"⁷²

La commissione approvò inizialmente la modifica del titolo del capo VI "*Casi di differimento o di sospensione obbligatori e facoltativi*" e successivamente intervenne sugli altri emendamenti indicati dal Ministro di Grazia e Giustizia che vennero tutti accettati.⁷³

L'art. 44 *bis* o.p., con tali correzioni, venne approvato.

Nella seduta pomeridiana del 29-11-1973 la commissione procedette ad esaminare l'art. 64 o.p. relativo a "*Funzioni e provvedimenti del **magistrato di sorveglianza***". Tale articolo si componeva di numerosi commi ma quello che doveva essere posto all'attenzione era la prima parte del 4° comma il quale affermava che al magistrato di sorveglianza era dato il compito di disporre il differimento della esecuzione della pena ai sensi dell'art. 44 *bis*. Durante l'esame in commissione il sottosegretario di stato per la grazia e giustizia Pennacchini proponeva di abolire il 4° comma perché riteneva fosse una ripetizione di quanto detto in precedenza nel testo del disegno di legge⁷⁴. Il Presidente intervenne sostenendo che ciò non sarebbe stato possibile

⁷² V. Atti parlamentari, Senato della Repubblica 2° Commissione (Giustizia) VI Legislatura, *Resoconto stenografico della seduta 28 novembre 1973*, pag. 787-788 (è ripresa da questo documento la frase in corsivo virgolettata che precede tale nota)

⁷³ Riguardo alcune proposte di modifica vi furono degli interventi contrari. La correzione del comma 1 vide l'intervento del Presidente che faceva notare la mancanza, rispetto alla frase precedente, del riferimento al magistrato di sorveglianza. Il senatore Sabadini affermava che vi era una norma generale che indicava le funzioni del magistrato di sorveglianza anche se il Presidente ribadiva che "tale norma era l'art. 64 o.p. e che era chiaro che nell'art. 44 *bis* non si sapeva chi fosse chiamato a decidere il provvedimento o la sua sospensione". Tale comma alla fine venne comunque approvato con la correzione che il Ministro di Grazia e Giustizia Zagari aveva proposto. Osservazioni vi furono anche per il comma che il Ministro Zagari avanzava di introdurre tra il 4° e il 5° comma: mentre il Ministro di Grazia e Giustizia in tale comma parlava di "stato di gravità", Petrella interveniva proponendo la sostituzione di queste parole con "gravità della malattia". Questa idea del senatore venne appoggiata dal Ministro di Grazia e Giustizia e il comma venne approvato. Cfr. Atti parlamentari, Senato della Repubblica 2° Commissione (Giustizia) VI Legislatura, *Resoconto stenografico della seduta 28 novembre 1973*, pag. 788-789

⁷⁴ Cfr. Atti parlamentari, Senato della Repubblica 2° Commissione (Giustizia) VI Legislatura, *Resoconto stenografico della seduta 29 novembre 1973*, pag. 822-823

posto che nell'art. 44 *bis* era stato rimosso il riferimento al magistrato di sorveglianza e avanzava l'idea di dover accostare accanto alla parola "differimento" il termine "sospensione"⁷⁵. Il Senatore Mariani intervenne sostenendo che "o differisce o sospende" ma il sottosegretario Pennacchini dispose sia l'una che l'altra⁷⁶.

L'art. 64 comma 4 o.p. con tali emendamenti venne così approvato.

Il giorno 18-12-1973 il disegno di legge venne posto alla votazione e vi fu l'approvazione. I "*Casi di differimento o di sospensione obbligatori e facoltativi*" troveranno collocazione nel Titolo I "*Trattamento penitenziario*" Capo VI "*Differimento e sospensione della esecuzione della pena e della misura di sicurezza detentiva*" all'art. 46 o.p. mentre le "*Funzioni e provvedimenti del magistrato di sorveglianza*" nel Titolo II "*Disposizioni relative all'organizzazione penitenziaria*" Capo II "*Magistrato di sorveglianza*" all'art. 73 o.p.

Tale disegno di legge venne presentato alla Camera dei Deputati il 20-12-1973 (C. n. 2624). La sua trattazione venne deferita alla IV commissione (Giustizia) durante la seduta del 22-01-1974. Durante la discussione in commissione il 17-04-1974 il deputato Padula esprimeva l'idea di stralciare una serie di articoli compreso l'art. 46 o.p. in quanto riguardanti argomenti da disciplinare nel codice penale e non nell'ordinamento penitenziario⁷⁷. Esso risultava perplesso anche in riferimento all'attribuzione di poteri discrezionali al magistrato di sorveglianza⁷⁸. Il relatore

⁷⁵ Cfr. Atti parlamentari, Senato della Repubblica 2° Commissione (Giustizia) VI Legislatura, *Resoconto stenografico della seduta 29 novembre 1973*, pag. 823

⁷⁶ Cfr. Atti parlamentari, Senato della Repubblica 2° Commissione (Giustizia) VI Legislatura, *Resoconto stenografico della seduta 29 novembre 1973*, pag. 823

⁷⁷ V. Atti parlamentari, Camera dei Deputati IV Commissione (Giustizia) VI legislatura, *Resoconto stenografico della seduta 17 aprile 1974*, pag. 574

⁷⁸ Cfr. Atti parlamentari, Camera dei Deputati IV Commissione (Giustizia) VI legislatura, *Resoconto stenografico della seduta 17 aprile 1974*, pag. 574

Felisetti asserì che questo argomento avrebbe dovuto avere una trattazione caratterizzata da una maggiore attenzione al momento dell'esaminazione degli articoli⁷⁹.

Il 21-05-1974 il disegno di legge n. 2624 venne rimesso all'esame dell'Assemblea. Seguirono diverse sedute nella commissione in sede referente nelle quali, alla fine, si giunse a disporre la soppressione del titolo I capo VI tra cui vi era collocato anche l'art. 46 o.p. in quanto, a differenza del Senato, ritenevano che il "terreno" più consono a tale materia fosse il codice penale e proposero all'art. 70 o.p. l'inserimento, in ciascun distretto della corte d'appello, della *sezione di sorveglianza* giustificato dall'intento di non far gravare sul magistrato di sorveglianza (in quanto giudice monocratico) decisioni di una certa importanza. La commissione provvide ad eliminare anche il comma 4 dell'art. 73 o.p. del testo presentato dal Senato alla Camera dei deputati con cui si attribuiva al magistrato di sorveglianza anche la funzione di disporre il differimento e la sospensione dell'esecuzione della pena.

A partire dal 25-09-1974 ebbero inizio le discussioni in Assemblea sul testo presentato dalla Commissione in sede referente. Dalle varie osservazioni e giustificazioni che i vari deputati di volta in volta esponevano si ricavava che riguardo alla soppressione della norma che indicava i casi di differimento e di sospensione dell'esecuzione della pena la *ratio*, come anche il relatore Felisetti espose nella relazione della IV commissione (Giustizia)⁸⁰, si ritrovava nell'idea che

⁷⁹ Cfr. Atti parlamentari, Camera dei Deputati IV Commissione (Giustizia) VI legislatura, *Resoconto stenografico della seduta 17 aprile 1974*, pag. 575

⁸⁰ Tale relazione venne presentata alla Presidenza il 10 settembre 1974, cioè una volta terminato l'esame, da parte della IV commissione (Giustizia) del testo presentato dal Senato

la disciplina di un tale istituto avesse migliore sede nel codice penale⁸¹. Riguardo invece all'introduzione della sezione di sorveglianza all'art. 70 o.p., venne vista come un'innovazione importante e giusta da parte dei componenti della commissione al fine di evitare da parte del magistrato di sorveglianza la presa di decisioni di una certa rilevanza (posto che la sua vicinanza con i detenuti lo poteva portare ad essere oggetto di pressioni). Con l'introduzione e l'assegnazione a questo istituto di determinate funzioni si avevano decisioni prese dalla pluralità di magistrati di sorveglianza che lo andavano a comporre e non più l'attribuzione della responsabilità ad un singolo.

L'immissione nel testo delle sezioni di sorveglianza e l'aumento dei poteri del magistrato di sorveglianza⁸² erano testimonianza dell'inizio di una giurisdizionalizzazione dell'esecuzione della pena: questi vennero da Felisetti, relatore della relazione della IV commissione (Giustizia), indicati come *“istituti che rappresentano gli organi della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale”*⁸³.

A partire dal 12-12-1974 l'Assemblea iniziò a riunirsi per procedere alla approvazione del testo come presentato dalla commissione che aveva operato in sede referente.

⁸¹ Tuttavia questa idea di eliminare riferimenti all'istituto del differimento incontrò anche opinioni diverse durante le varie sedute dell'Assemblea, come il deputato Accreman il quale sostenne che il differimento e la sospensione dell'esecuzione della pena fosse materia dell'ordinamento penitenziario, andando così a considerare errato qualsiasi rinvio al codice penale. Cfr. Atti parlamentari, Camera dei Deputati VI Legislatura, seduta del 1 ottobre 1974, pag. 17704

⁸² Con la l. 354/1975 le funzioni in capo al magistrato di sorveglianza erano maggiori rispetto a quelle che il codice Rocco prevedeva nelle mani del giudice di sorveglianza. L'incremento delle funzioni nelle mani di questo giudice monocratico venne previsto per offrire maggiore tutela e diritti ai detenuti e per verificare l'idoneità della misura e il percorso rieducativo. Cfr. Atti parlamentari, Camera dei Deputati VI Legislatura, seduta del 1 ottobre 1974, pag. 17702

⁸³ L'introduzione della sezione di sorveglianza e del magistrato di sorveglianza ebbe come inevitabile conseguenza la diminuzione del potere, nel campo dell'esecuzione penale, degli organi di natura amministrativa che fino a quel momento ne avevano predominato la gestione. V. Atti parlamentari, Camera dei Deputati VI legislatura, Relazione della IV commissione permanente del 10 settembre 1974, Relatore Felisetti, pag. 5

In riferimento alla menzione dell'istituto del differimento e della sospensione dell'esecuzione della pena nella seduta del 12-12-1974 l'onorevole Riccio Stefano aveva avanzato l'idea di ripristinare l'art. 46 o.p. del vecchio testo che il Senato aveva presentato alla Camera dei deputati come 45 *bis* o.p. Tuttavia l'assenza di tale deputato e l'opinione contraria sia della commissione che del Ministro di Grazia e Giustizia portò al naufragio anche di quest'ultimo tentativo di mantenere l'istituto nell'ordinamento penitenziario.

Infine riguardo l'innovazione che si ebbe con l'introduzione della sezione di sorveglianza con l'art. 70 o.p. in sede di approvazione, tra i vari emendamenti che vennero proposti vi fu anche quello del deputato Riccio il quale proponeva di affidare a questo nuovo istituto anche la competenza in materia di differimento e sospensione della pena. Tale idea ebbe parere negativo dalla commissione e dal Governo e al momento della votazione in Assemblea si provvide a rigettarla. L'art. 70 o.p. venne comunque approvato con alcuni aggiustamenti esposti e poi accettati con la votazione in Assemblea.

Il testo venne inoltrato di nuovo al Senato il 7-01-1975. Il senatore Follieri espone alla commissione le modifiche che la Camera dei deputati aveva posto al testo da loro presentato. Il senatore giustificò l'inserimento del differimento e sospensione dell'esecuzione della pena nel testo dell'ordinamento penitenziario, da loro approvato il 18-12-1973, affermando che alla base di questa scelta vi era stata l'intenzione di voler cercare di placare quelle critiche che più volte erano state

esposte nei confronti dell'Italia per la mancanza di una disciplina completa sull'esecuzione penale⁸⁴.

Il 10-07-1975 il Senato approvò le modifiche poste dalla Camera dei deputati. Riguardo al capo VI del titolo I dell'ordinamento penitenziario il Senato accettò la soppressione dell'intera parte e quindi anche dell'art. 46 o.p. riguardante il differimento e sospensione dell'esecuzione della pena⁸⁵. In riferimento all'art. 69 o.p., relativo alle funzioni del magistrato di sorveglianza, venne approvata anche la rimozione, che la Camera dei deputati aveva deciso durante una delle sue sedute, del comma 4 dove il Senato, nel testo da loro presentato alla Camera, disponeva che il differimento e la sospensione della pena rientrasse nelle competenze del magistrato di sorveglianza.

Infine l'innovazione della sezione di sorveglianza posta dalla Camera dei deputati e collocata nell'art. 70 o.p. venne accettata di buon grado dal Senato⁸⁶.

Dopo una serie di osservazioni da parte dei vari esponenti del Senato, il disegno di legge fu posto oggetto di votazione con definitiva approvazione.

A conclusione dell'*iter* legislativo della legge n. 354/1975 il differimento dell'esecuzione della pena continuava ad avere collocazione nel codice penale; al

⁸⁴Cfr. Atti parlamentari, Senato della Repubblica VI legislatura, *Resoconto stenografico della seduta del 22 maggio 1975*, p. 1247-1248

⁸⁵Vi furono comunque osservazioni contrarie sulla rimozione dell'art. 46 o.p. come quella del senatore Coppola il quale affermava che, con un tale intervento, la Camera dei deputati aveva respinto la possibilità di introdurre un terzo codice relativo all'esecuzione continuando a considerare la legge penitenziaria una "legge subalterna". V. Atti parlamentari, Senato della Repubblica VI legislatura, *Resoconto stenografico della seduta del 3 luglio 1975*, pag. 1275

⁸⁶Furono posti due emendamenti da parte del Senatore De Carolis e fatti poi propri, in virtù dell'assenza di quest'ultimo, dal senatore Coppola. Essi riguardavano la composizione della sezione, la quale, secondo l'intento del senatore, doveva essere composta da magistrati di sorveglianza e non anche da professionisti privati di altre discipline particolari (ciò si ricavava dal riferimento nell'art. 70 comma 3 o.p. dell'art. 80 o.p.) e la soppressione dell'ultimo comma riguardante una regola procedurale in campo di votazione. La prima modifica non ebbe approvazione mentre la seconda fu ritirata dal senatore Coppola. V. Atti parlamentari, Senato della Repubblica, VI legislatura, *Resoconto stenografico della seduta del 10 luglio 1975*, pag. 1328

magistrato di sorveglianza, che risultava essere una derivazione del precedente giudice di sorveglianza, gli furono riconosciute competenze che nella legislazione previgente risultavano essere attribuite al pubblico ministero andando così ad acquisire un ruolo sempre più importante nell'esecuzione della sentenza e infine la novità delle sezioni di sorveglianza che portava a suddividere la giurisdizione su due livelli e a ridurre ancora di più il tratto amministrativo dell'esecuzione della pena aumentando di riflesso una connotazione sempre più giurisdizionale della stessa.

Tenendo conto delle novità che la legge n. 354/1975 aveva introdotto successivamente alla legge delega n. 108/1974, nel **1978** si giunse alla presentazione del **progetto preliminare del codice di procedura penale**. In questo progetto, l'istituto del differimento dell'esecuzione della pena trovava collocazione presso l'art. 633 c.p.p. dove la competenza a concedere o revocare tale beneficio, nelle ipotesi indicate agli artt. 146 e 147 c.p., veniva attribuito al giudice di esecuzione. Sempre a quest'ultimo veniva riconosciuto l'incarico di poter ordinare la liberazione del reo seguito dai provvedimenti che si potevano rendere necessari. Vi era stato uno snellimento nella struttura del rinvio dell'esecuzione della pena poiché non c'era più alcuna differenza di trattamento tra il condannato che avesse già iniziato l'esecuzione della pena e quello che risultava essere ancora in libertà e inoltre tutti i poteri si trovavano concentrati nelle mani del giudice di esecuzione⁸⁷. Il Consiglio giudiziario presso la Corte d'appello di Milano proponeva la possibilità di procedere ad impugnazione contro i provvedimenti che il giudice di esecuzione

⁸⁷ V. G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978* Vol. I in *Il nuovo codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, CEDAM, Padova, 1989, pag. 1421

aveva disposto riguardo il differimento dell'esecuzione della pena⁸⁸. Il Consiglio nazionale forense esponeva che *“in linea con la direttiva della maggiore possibile giurisdizionalizzazione della fase esecutiva e con quella della massima speditezza delle procedure si presentano l'eliminazione di ogni potere del Ministro di Grazia e Giustizia in ordine al differimento”*⁸⁹. Come il Consiglio giudiziario anche il Consiglio nazionale forense prevedeva la possibilità, da parte del pubblico ministero e del condannato, di procedere ad opposizione contro il provvedimento di esecuzione adottando un procedimento camerale che dava maggiore celerità e consentiva un'economia processuale⁹⁰.

Con questo progetto preliminare la competenza nella concessione del differimento dell'esecuzione della pena, essendo prevista nelle mani del giudice di esecuzione⁹¹, veniva sottratta al pubblico ministero e al pretore.

Il progetto preliminare del 1978 però non trovò attuazione.

2. UN' IMPORTANTE DECLARATORIA DI INCOSTITUZIONALITA': CORTE COST. SENT. N. 114/1979

In seguito all'ingresso della legge n. 354/1975, la quale aveva introdotto un nuovo ordinamento penitenziario, vi furono interventi che apportarono delle correzioni.

Vi fu la legge n. 1 del 12 Gennaio 1977 che inserì modifiche anche agli artt. 69 e 70 dell'ordinamento penitenziario, relativi alle funzioni e provvedimenti sia del

⁸⁸ V. G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, *op. cit.*, pag. 1421

⁸⁹ V. G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, *op. cit.*, pag. 1422

⁹⁰ V. G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, *op. cit.*, pag. 1422

⁹¹ L'idea avanzata nella fase iniziale della stesura del progetto del nuovo codice di procedura penale era quella di affidare l'incarico dell'esecuzione della pena e dell'incidente di esecuzione in capo al magistrato di sorveglianza. Tale proposta non trovò seguito perché si voleva evitare una eccessiva gravosità di competenze in capo al magistrato di sorveglianza posto che generalmente negli incarichi ad esso attribuiti si teneva di conto degli esiti del trattamento rieducativo e delle valutazioni sulla pericolosità. In tal senso G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, *op. cit.*, pag. 140

magistrato di sorveglianza che della sezione di sorveglianza, rispettivamente con gli artt. 8⁹² e 9⁹³. Seguirono poi altri interventi normativi⁹⁴ ma che non ebbero influenza sugli articoli oggetto di questa trattazione.

Nel 1979 la Corte costituzionale emise, a seguito di due ordinanze poste da due pretori rispettivamente il 29-06-1977⁹⁵ e il 13-09-1977⁹⁶, una sentenza che costituì un ulteriore passo verso la giurisdizionalizzazione dell'esecuzione della pena. La sentenza in questione era la n. **114/1979**⁹⁷ nel quale si dichiarò l'illegittimità costituzionale del comma 5 dell'art. 589 c.p.p. nella parte in cui si prevedeva la competenza esclusiva del Ministro di Grazia e Giustizia nell'ipotesi di grave infermità fisica del detenuto (art. 147 comma 1 n. 2 c.p.) laddove l'ordine di carcerazione fosse già in corso di esecuzione. Questa questione di illegittimità

⁹² Con cui veniva modificato il 4° comma dove rispetto alla previgente normativa, nel quale si attribuiva al magistrato di sorveglianza la competenza di stabilire disposizioni anche "ai fini di una rieducazione" nel corso del trattamento, la legge n. 1/1977 stabiliva che tale giudice "era escluso dall'opera del trattamento" e aveva solo la competenza di garantire che non vi fossero violazioni, durante lo stesso, dei diritti e degli interessi del condannato e dell'internato. Al 6° comma si erano ridotte le funzioni con cui si doveva provvedere con ordinanza, stabilendo tale forma solo nel caso di remissione del debito sulle licenze e ricoveri di cui all'art. 148 c.p. In tal profilo v. R. Alessandri e G. Catelani, *Legge 12 gennaio 1977, n. 1: modifiche alla Legge 26 luglio 1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario e all'art. 385 del Codice penale*, in *Il codice penitenziario*, Laurus, Firenze, 1976, pag. 715-716

⁹³ Si aveva la correzione del 1° comma, per cui la sezione di sorveglianza veniva istituita anche nella sezione distaccata della Corte d'appello. Infine veniva inserito anche un ulteriore comma riguardante il trattamento economico degli esperti che componevano la sezione di sorveglianza, stabilendo a riguardo l'applicazione delle norme riferite ai giudici popolari di corte d'assise di appello. V. R. Alessandri e G. Catelani, *op. cit.*, pag. 717

⁹⁴ Si parla della l. 20 luglio 1977 n. 450; d.l. 14 aprile 1978 n.111; l. 24 novembre 1981 n. 689; l. 13 settembre 1982 n. 646; Corte Cost. sent. n. 274/1983; d.l. 22 aprile 1985 n. 144; Corte Cost. sent. n. 185/1985 e n. 312/1985

⁹⁵ V. ordinanza 29 giugno 1977, in *Giur. Cost.*, 1977, II, pag. 1220 ss.

⁹⁶ V. ordinanza 13 settembre 1977, in *Giur. Cost.*, 1978, II, pag. 635 ss.

⁹⁷ Già nello stesso anno la Corte costituzionale aveva preso una decisione (ordinanza n. 16 del 1979) con il quale non era stata accolta l'istanza del procuratore della Repubblica di Caltanissetta riguardante l'illegittimità della competenza del Ministro di Grazia e Giustizia in riferimento all'ipotesi indicata all'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. laddove l'esecuzione della pena fosse già in corso. Tale incostituzionalità era stata sollevata dal Procuratore in riferimento a due provvedimenti sospensivi dell'esecuzione della pena concessi dal Ministro di grazia e giustizia a favore del detenuto in quanto venivano visti come "viziati di eccessivo potere amministrativo e di incompetenza in senso costituzionale per carenza di quei poteri che costituiscono uno sbarramento alla pretesa punitiva statale da attuarsi nei confronti di Milano Giuseppe, con l'ordinanza di carcerazione" e una violazione di alcuni presupposti costituzionali (artt. 3, 13, 101, 102, 111 e 112 Cost.). La Corte aveva giustificato il non accoglimento della istanza avanzata dal Procuratore, il quale rivendicava che l'esecuzione dovesse essere esercitata da autorità giudiziarie previste dalla Costituzione, affermando che tra questi organi giudiziari non c'era la Procura della Repubblica né altro ufficio del pubblico ministero. Per cui veniva rigettato il ricorso per conflitto di attribuzione. V. ordinanza n. 16/1979, in *Giur. Cost.*, 1979, II, pag. 1108

costituzionale del comma 5 dell'articolo 589 c.p.p. venne posta dai pretori in quanto con tale normativa non avrebbero avuto competenza, nei riguardi dei due detenuti che avevano fatto istanza, di riconoscere il diritto alla sospensione dell'esecuzione della pena.

Entrambe le ordinanze dei due pretori rivendicavano l'illegittimità dell'art. 589 comma 5 c.p.p. e rinviavano la questione alla Corte costituzionale lamentando la violazione dell'art. 3 (in quanto si prevedeva la competenza del Ministro di Grazia e Giustizia quando l'esecuzione della pena era già cominciata e quella del pubblico ministero o del pretore quando invece l'ordine di cattura non era ancora stato disposto. Questa differenziazione di trattamento veniva percepito come una violazione del principio di uguaglianza tra un condannato affetto da grave infermità fisica che si trovava in stato di libertà al momento della decisione riguardo al rinvio della espiazione della pena e un condannato, che pur essendo colpito dalla stessa patologia, stava già scontando la pena), art. 13 (tale articolo prevedeva che ogni atto in cui si sanciva la privazione della libertà personale dovesse essere motivato da un organo giudiziario cosa che non era possibile con la competenza affidata al Ministro di Grazia e Giustizia), art. 24 (veniva percepito una violazione del diritto di difesa, il quale doveva essere garantito in ogni grado e stato del procedimento, poiché il Ministro era chiamato a decidere in piena discrezionalità sulla decisione del rinvio dell'esecuzione della pena. Dai principi costituzionali invece evinceva che laddove vi fossero i presupposti per l'esecuzione della norma – in questo caso la presenza della grave infermità fisica – si sarebbe dovuto procedere all'applicazione della stessa – cioè alla sospensione dell'esecuzione della pena -), art. 101 (in quanto solo il giudice era in grado di poter prendere delle decisioni nel rispetto del suo dovere

cioè in obbedienza della legge), art. 102 (la violazione consisteva nel riconoscere al Ministro la possibilità di svolgere una funzione giurisdizionale che invece avrebbe dovuto essere trattata, come dice l'articolo, "da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario") e art. 111 (per il fatto che il Ministro andrebbe ad adottare un provvedimento immotivato e sottoposto solo ad un controllo politico) della Costituzione⁹⁸.

Nella sentenza n. 114/1979 la Corte costituzionale, in risposta alle ordinanze dei due pretori, disponeva che non vi fosse alcuna violazione del principio di uguaglianza ma che il campo d'intervento nel procedimento esecutivo del Ministro di Grazia e Giustizia risultasse avere delle limitazioni (come nel caso dell'istituto del differimento oggetto della pretesa). La Corte tenne di conto anche dei riferimenti di violazione dell'art. 24 Cost., indicati dai pretori nelle ordinanze, e dell'art. 27 comma 3 Cost. ritenendo che dovesse essere preso in considerazione il trattamento del condannato e che in presenza dei presupposti che evidenziavano una grave infermità fisica si dovesse, anche se lasciato comunque ad una decisione discrezionale dell'organo, procedere alla concessione del beneficio disposto dall'art. 147 comma 1 n. 2 c.p.. La connotazione giurisdizionale del provvedimento di revoca o concessione del beneficio derivava dal suo incidere sulla libertà personale, rendendo così necessaria la presenza delle garanzie giurisdizionali⁹⁹.

La questione venne considerata dalla Corte costituzionale fondata e l'art. 589 comma 5 c.p.p costituzionalmente illegittimo. La conseguenza di una tale sentenza fu che al Ministro di Grazia e Giustizia venne revocata la competenza di disporre

⁹⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 114/1979, in *Cass. pen.* 1980, p. 616 ss.

⁹⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 114/1979, in *Cass. pen.* 1980, pag. 618-619

discrezionalmente l'applicazione o meno della sospensione nell'ipotesi di grave infermità fisica del detenuto disposta all'art. 147 comma 1 n. 2 c.p.¹⁰⁰ nel caso in cui l'ordine di carcerazione fosse già stato eseguito passando così la funzione al pubblico ministero o al pretore.

Nessuna incostituzionalità è però stata estesa alle altre ipotesi in cui trovava applicazione l'art. 589 comma 5 c.p.p.: nel caso di domanda di grazia (quando non trovi applicazione l'art. 146 comma 1 n. 1 c.p.) e nei confronti di una donna con prole di età superiore a sei mesi ma inferiore ad un anno quando il figlio non possa essere affidato ad persona diversa dalla madre (rispettivamente art. 147 comma 1 nn. 1 e 3 c.p.). La decisione si era limitata alla richiesta oggetto delle ordinanze e cioè riguardo alla sospensione dell'esecuzione della pena in presenza di una grave infermità fisica dell'condannato.

Dopo varie osservazioni sulle regole normative¹⁰¹, sarebbe stato possibile un'estensione, da parte della Corte, del provvedimento di illegittimità anche alle altre due ipotesi indicate nell'art. 147 c.p., portando ad una abrogazione del comma 5 dell'art. 589 c.p.p. Quest'ultima previsione avrebbe comunque comportato anche il venir meno del comma 3 dell'art. 589 c.p.p. perché si sarebbe creata una divergenza di trattamento tra chi aveva presentato domanda di grazia e l'ordine di carcerazione era già stato eseguito (in quanto con la sentenza n. 114/1979 la competenza, come visto sopra, sarebbe passata al pubblico ministero o al pretore)

¹⁰⁰ Il Ministro di Grazia e Giustizia era già stato privato, in precedenza, di alcune competenze con la sentenza n. 110/1974 (con essa il Ministro veniva privato del "potere di revocare le misure di sicurezza, prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima fissata dalla legge) e la sentenza n. 204/1974 (la quale disponeva la revoca al Ministro di Grazia e Giustizia del potere di concedere la liberazione condizionale). V. Corte cost., sent. n. 114/1979, in *Cass. pen.* 1980, pag. 618

¹⁰¹ V. M. Tirelli, *Un retaggio del passato duro a morire: i poteri del Ministro della giustizia nella fase dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, pag. 355-356-357

e chi aveva fatto la stessa richiesta ma si trovava in stato di libertà (in tal caso infatti la competenza, come prevista dall'art. 589 c.p.p. comma 3, si attribuiva al Ministro di Grazia e Giustizia)¹⁰².

In sintesi con la sentenza n. 114/1979 si ebbe la revoca della competenza del Ministro di Grazia e Giustizia riguardo alla decisione sull'applicazione dell'istituto del rinvio facoltativo nei confronti del reo che si trovi ad essere affetto da una grave infermità fisica ma continuava ad avere poteri in presenza di una richiesta di grazia (sia nel caso in cui l'esecuzione della pena fosse già iniziata sia in caso contrario - art. 147 comma 1 n. 1 c.p. -) e nei confronti di una madre che avesse partorito da più di sei mesi ma da meno di un anno impossibilitata a lasciare il figlio ad altra persona diversa da lei (ovviamente nell'ipotesi in cui l'esecuzione della pena fosse già iniziata - art. 147 comma 1 n. 3 c.p. -).

3. LA “**LEGGE GOZZINI**” DEL 1986

Ad intervenire nuovamente in materia di competenza nella concessione del differimento dell'esecuzione della pena fu la legge **n. 663 del 10 Ottobre 1986** (la cosiddetta *legge “Gozzini”*) la quale apportava “*Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*”. Con tale legge fu cambiato il nominativo della “sezione di sorveglianza” in “**Tribunale di sorveglianza**”¹⁰³ e, come detto sopra, tra le varie

¹⁰² In tale profilo M. Tirelli, *op. cit.*, pag. 359-360

¹⁰³ In passato il nome di “sezione di sorveglianza” aveva indotto ad alcuni contrasti riguardo la natura e la collocazione della struttura. Fu sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 70 o.p., in rapporto all'art. 68 o.p. e in riferimento all'art. 102 comma 2 della Costituzione, dalla sezione di sorveglianza di Bologna sostenendo che tale sezione non fosse una sezione specializzata ma bensì un giudice speciale. La Corte Costituzionale con la sentenza n. 4/86 dichiarò infondata la questione. Per tale motivo, il passaggio da “sezione” di sorveglianza a “**Tribunale**” di sorveglianza venne visto con favore. V. V. Grevi, G. Giostra e F. Della Casa,

modifiche che questa era andata ad introdurre vi erano state anche quelle relative alle competenze degli organi. L'*iter* di approvazione era stato lungo e aveva comportato il passaggio del disegno di legge per ben due volte al Senato e alla Camera prima di vedere la luce. Nel progetto che era stato presentato inizialmente dal Senato alla Camera, dopo una lunga discussione presso la II commissione (Giustizia) e l'approvazione all'Assemblea il 5-06-1986, si trovava l'art. 21 della l. n. 663/1986 che apportava modifiche all'art. 69 o.p. con conseguenziale aumento delle funzioni in capo al magistrato di sorveglianza e l'art. 22 della l. 663/1986 con cui si disponeva che all'interno dell'art. 70 comma 1 o.p., tra i vari incarichi in precedenza assegnati alla sezione di sorveglianza (ora Tribunale di sorveglianza), si dovesse procedere ad aggiungere anche il potere di provvedere alla concessione del differimento o della sospensione nell'ipotesi tassativamente indicate all'art. 146 c.p. e all'art. 147 comma 1 n. 2 e 3 c.p.¹⁰⁴.

Questa decisione portava la revoca della competenza al pubblico ministero o al pretore riguardo l'applicazione di tale beneficio alle ipotesi indicate all'art. 146 c.p. e all'art. 147 al comma 1 n. 2 e n. 3 c.p. e anche del Ministro di Grazia e Giustizia nella fattispecie riportata al n. 3 del comma 1 dell'art. 147 c.p. (il quale, come detto sopra, ne aveva in precedenza attribuzione laddove l'esecuzione della pena avesse già avuto inizio) avanzando sempre più verso la giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale.

Ordinamento penitenziario commentato, Tomo II, CEDAM, Padova, 2011, p. 987 e L. Pepino, *Commento dell'art. 22 della l. 663/1986*, in *Leg. pen.*, 1987, pag. 222

¹⁰⁴ Nella proposta giunta dalla commissione di giustizia, a seguito delle discussioni che vi succedettero tra il 5-10-1983 e il 29-04-1986, e presentata al Senato si poteva notare che le modifiche relative agli artt. 69 e 70 o.p. trovavano inizialmente collocazione negli artt. 22 e 23 del disegno di legge.

Durante la discussione alla IV commissione nella seduta del 10-09-1986 furono presentati alcuni emendamenti, ma quelli riguardanti gli artt. 69 e 70 o.p. vennero tutti respinti, di conseguenza la Camera dei deputati, l'11-09-1986, giunse all'approvazione degli artt. 21 e 22 del testo che le era stato proposto dal Senato. In seguito il progetto venne ripresentato al Senato al fine di pronunciarsi sulle modifiche che la Camera dei deputati aveva apportato ad altri articoli per poi finire di nuovo alla stessa.

Come detto sopra, l'*iter* della l. n. 663/1986 fu lungo ma consentì di raggiungere un traguardo importante: il passaggio della competenza di concedere il differimento o la sospensione dell'esecuzione della pena al tribunale di sorveglianza nelle ipotesi indicate all'art. 146 c.p. e all'art. 147 comma 1 n. 2 e n. 3 c.p. sancendo la definitiva esclusione del pubblico ministero e del pretore e riducendo il potere del Ministro di Grazia e Giustizia al quale rimaneva affidato solo l'incarico di provvedere all'assegnazione del rinvio dell'esecuzione della sentenza nell'ipotesi indicata all'art. 147 comma 1 n. 1 c.p. (cioè di fronte alla presentazione della domanda di grazia).

Con il riconoscimento al tribunale di sorveglianza di funzioni giurisdizionali e al magistrato di sorveglianza di compiti in parte amministrativi e in parte giurisdizionali¹⁰⁵ si dava alla fase esecutiva della pena una connotazione sempre meno amministrativa e più giurisdizionale.

4. IL “NUOVO” CODICE DI PROCEDURA PENALE: L'ART. 684

¹⁰⁵ Cfr. G. Catelani, *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 1987, pag. 72-73

Dopo l'insuccesso della legge delega n. 108 del 3-04-1974, per un nuovo codice di procedura penale si dovette attendere la **legge delega del 16-02-1987 n. 81**. Questa era stata proceduta di poco dalle correzioni che la l. n. 663/1986 aveva apportato all'ordinamento penitenziario e alle quali, la stessa, era chiamata ad adeguarsi.

La legge delega n. 81/1987 risultava essere, rispetto a quella del 1974, più attenta al principio di giurisdizionalizzazione in quanto mentre quest'ultima prevedeva tale principio solo alla direttiva n. 79, la prima ne faceva riferimento in tre punti dell'art. 2: n. 96, 97¹⁰⁶ e 98.

Maggiore attenzione rivestivano il punto n. 96 il quale stabiliva nella prima parte la necessità della presenza nella fase di esecuzione, in particolare riguardo ai provvedimenti relativi alle pene e alle misure di sicurezza, delle garanzie di giurisdizionalità e il punto n. 98 che disciplinava il bisogno di provvedere ad un coordinamento tra i principi della legge delega e i procedimenti di esecuzione e di sorveglianza da effettuare mediante la regolamentazione delle competenze degli organi¹⁰⁷.

Con l'aggiunta del contenuto previsto nella direttiva n. 98 si abilitava il legislatore, a differenza della direttiva n. 79 della legge delega del 1974, ad una risistemazione della materia¹⁰⁸.

Il progetto preliminare del codice di procedura penale del 1988 collocava nel Libro X "*Esecuzione*", Titolo III "*Attribuzioni degli organi giurisdizionali*", Capo II

¹⁰⁶ Il punto 97 dell'art. 2 della legge delega n. 81/1987 disponeva la possibilità, laddove non fossero stati esclusi durante la fase di cognizione, di inserire come oggetto di valutazione in fase di esecuzione anche il concorso formale di reati e la continuazione. V. art. 2 n. 97 della legge delega 16 Febbraio 1987 n. 81

¹⁰⁷ Cfr. art. 2 n. 96 e n. 98 della legge delega 16 Febbraio 1987 n. 81

¹⁰⁸ V. G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, *Il progetto preliminare del 1988*, Vol. IV in *Il nuovo codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, CEDAM, Padova, 1990, pag. 123

“*Magistratura di sorveglianza*” l’art. 675 riguardante il “*rinvio dell’esecuzione delle pene detentive*”.

Al comma 1 di tale articolo, in coerenza alla correzione che l’art. 22 della legge 663/1986 aveva apportato all’art. 70 o.p., si stabiliva che l’incarico di adottare i provvedimenti necessari al rinvio obbligatorio o facoltativo dell’esecuzione della pena detentiva spettasse al tribunale di sorveglianza in tutte le ipotesi indicate agli artt. 146 e 147 c.p. Tale progetto andava così ad escludere la competenza del Ministro di Grazia e Giustizia nell’ipotesi prevista dall’art. 147 comma 1 n. 1 c.p. (cioè l’incarico di concedere il rinvio dell’esecuzione della pena di fronte alla domanda di grazia) passandola al tribunale di sorveglianza¹⁰⁹. A quest’ultimo veniva anche riconosciuto il potere di ordinare la liberazione del detenuto e di adottare i provvedimenti che si potevano rendere necessari.

Il comma 2 dell’art. 675 del progetto preliminare del codice di procedura penale invece disciplinava il ruolo del magistrato di sorveglianza in materia di differimento. Si stabiliva che laddove vi fosse “*fondato motivo*” per ritenere esistenti quei presupposti che rendevano necessaria l’applicazione del rinvio, il magistrato poteva provvedere alla sospensione dell’esecuzione della pena o, nel caso in cui il condannato si trovasse in carcere e la continuazione della pena potesse in qualche modo portare a cagionare un “*grave pregiudizio*”¹¹⁰ allo stesso, disporre la sua liberazione provvisoria. Questa competenza, che verrà confermata nel testo

¹⁰⁹ V. G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, *op. cit.*, pag. 1463

¹¹⁰ Il “*grave pregiudizio*” non deve consistere nella privazione della libertà, in quanto è una misura conseguenziale alla detenzione ma in un sacrificio *apprezzabile e ulteriore* (es. pericolo grave per la salute o per le relazioni familiari o altri valori meritevoli di tutela). Per chi si trova invece in stato di libertà il legislatore ritiene il pregiudizio già presunto in quanto l’arresto è di per sé stesso pregiudizievole. V. M. Canepa e S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, 9° ed., Giuffrè, Milano, 2010, pag. 229-230

definitivo del codice di procedura penale, è stata riconosciuta e prevista in capo al magistrato di sorveglianza allo scopo di far fronte a quei pregiudizi che possono derivare dalla maggiore durata dei tempi di decisione, conseguenza del riconoscimento e dell'applicazione delle garanzie giurisdizionali e quindi di una più ampia tutela nel campo esecutivo¹¹¹. Inoltre non essendo previsto un termine entro il quale il tribunale è chiamato a dover prendere la decisione definitiva si voleva evitare l'ingresso in carcere di colui che con una certa probabilità non vi sarebbe rimasto o un danno per la protrazione della detenzione per chi si trovava già a scontare la pena. Al magistrato viene così richiesto di fare una valutazione *ex ante* in merito a quei presupposti che lo stesso tribunale, successivamente, dovrà provvedere ad analizzare per giungere alla decisione finale. L'intervento del magistrato di sorveglianza, il quale può essere sollecitato dal richiedente o essere frutto di un'iniziativa ufficiosa, si tratta di una giurisdizione cautelare subordinata ai presupposti della verosimiglianza della fondatezza della domanda (*fumus boni juris*) e del pericolo nel ritardo, nell'attesa della decisione definitiva (*periculum in mora*)¹¹². L'atto con cui il magistrato decide per la sospensione dell'esecuzione o la liberazione del detenuto è adottato *de plano* e non mediante un procedimento di sorveglianza. Il provvedimento, che deve essere motivato, ha un'applicazione immediata e una natura provvisoria cioè rimane efficace fino alla pronuncia del tribunale di sorveglianza. Di fronte all'accoglimento o al rigetto dell'istanza da parte del magistrato sia la giurisprudenza che la dottrina sono concordi nel ritenere che una tale decisione sia inoppugnabile posto il suo carattere meramente

¹¹¹ V. G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, *op. cit.*, pag. 1463

¹¹² In tale senso F. Fiorentin e A. Marcheselli, *L'ordinamento penitenziario*, UTET giuridica, Torino, 2005, pag. 135

interlocutorio e che non sia ricorribile in Cassazione in base agli artt. 111 comma 7 Cost. e 568 comma 2 c.p.p. in quanto non incide sulla libertà personale posto che il giudizio conclusivo sulla fondatezza o meno della richiesta aspetta al tribunale di sorveglianza¹¹³.

Il progetto preliminare è stato oggetto di osservazioni e pareri tra cui quella del:

- **Consiglio giudiziario presso la Corte d'appello di Roma** il quale ribadiva l'affidamento della competenza dell'istituto del rinvio al tribunale di sorveglianza sottolineando il coordinamento del codice di procedura penale con l'ordinamento penitenziario¹¹⁴.

- **Presidente del Tribunale di sorveglianza di Brescia** riconosceva la competenza del tribunale di sorveglianza di emanare i provvedimenti necessari nei casi indicati agli artt. 146 e 147 c.p. ma contestava, richiedendone la soppressione, l'ultima parte del comma 1 in cui si attribuiva in capo al tribunale stesso il potere di disporre la "liberazione del detenuto". La proposta di soppressione veniva giustificata dal fatto che il Presidente del Tribunale di sorveglianza di Brescia la riteneva competenza del pubblico ministero e non comprendeva questa eccezione riguardo l'istituto del rinvio dell'esecuzione della pena¹¹⁵. Il Presidente del Tribunale di sorveglianza di Brescia era intervenuto anche sul "terreno" della competenza della concessione del differimento dell'esecuzione nei confronti del condannato non detenuto nel caso previsto

¹¹³ V. D. Siracusano, A. Galanti, G. Tranchina, E. Zappalà, *Dir. proc. pen.*, 5° ed. Vol. I-II, Giuffrè, Milano, pag. 686 e in senso conforma v. Cass. I 20-03-1991, Maesano, in *Cass. pen.* 1993, pag. 95; Cass. I 15-04-1994, Facciaponti, in *Cass. pen.* 1995, pag. 2204; Cass. I 14-11-1994, Pensieri, in *Cass. pen.* 1996, pag. 151

¹¹⁴ V. G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, *op. cit.*, pag. 1461

¹¹⁵ Il tribunale asseriva che secondo l'art. 647 comma 4 c.p.p. l'ordine di esecuzione doveva essere emesso dal pubblico ministero presso il giudice indicato dall'art. 656 c.p.p. V. G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, *op. cit.*, pag. 1464

dall'art. 147 comma 1 n. 1 c.p.. Si sosteneva che la grazia fosse un provvedimento di competenza esclusiva del Capo dello Stato e che il suo riconoscimento non era accompagnato da una motivazione ma era conseguenza di “*valutazioni anche extra e metagiuridiche tipiche del potere esecutivo e non di quello giudiziario*”¹¹⁶. Egli avanzava l'idea di aggiungere un terzo comma all'art. 675 c.p.p. il quale avrebbe dovuto disporre che “*Qualora il condannato che ha richiesto la grazia non sia detenuto, il giudice della esecuzione competente a dare il parere di cui all'art. 672, può con provvedimento motivato disporre ai sensi del 1° comma la sospensione dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione*”¹¹⁷.

Il Governo, tenendo conto di queste osservazioni e pareri, provvide alla stesura del progetto definitivo dell'art. 675 c.p.p. (*Rinvio dell'esecuzione*) apportando alcuni cambiamenti.

Al comma 1 dell'art. 675 c.p.p. il tribunale di sorveglianza non era più chiamato ad adottare “i provvedimenti necessari al rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva o alla relativa revoca nei casi previsti agli articoli 146 e 147 del codice penale” ma a “provvedere in ordine al differimento dell'esecuzione delle pene detentive nei casi previsti dagli articoli 146 e 147 del codice penale, salvo quello previsto dall'art. 147 comma 1 numero 1 del codice penale, nel quale provvede il Ministro di Grazia e Giustizia”. A differenza del progetto preliminare, non era più riconosciuta al tribunale di sorveglianza la competenza a concedere il differimento dell'esecuzione della pena nell'ipotesi di presentazione di una domanda di grazia (art. 147 c.p. comma 1 n. 1) ma nel progetto

¹¹⁶ V. G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, *op. cit.*, pag. 1465

¹¹⁷ V. G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, *op. cit.*, pag. 1465

definitivo si era disposto la reintroduzione della figura del Ministro di Grazia e Giustizia e il ripristino di tale funzione nelle sue mani. La giustificazione che venne data a tale scelta fu quella che solo questa autorità politica aveva la capacità di valutare l'accettazione o meno della domanda. Al tribunale di sorveglianza venne mantenuta la capacità di "*ordinare la liberazione del detenuto e di adottare i provvedimenti conseguenti*"¹¹⁸.

Il comma 2 dell'art. 675 c.p.p., sostanzialmente identico a quello del progetto preliminare, continuava a riconoscere in capo al magistrato di sorveglianza il potere, laddove vi fosse fondato motivo per ritenere presenti i presupposti "perché il tribunale disponga" (precisazione non contenuta nel progetto preliminare) il rinvio, di ordinare il "differimento" (non più la "sospensione" come era previsto nel progetto preliminare del codice di procedura penale) dell'esecuzione o, se la continuazione della detenzione potesse comportare grave pregiudizio al condannato, la liberazione dello stesso. Il progetto definitivo aggiungeva in capo al magistrato di sorveglianza, a differenza del progetto preliminare, il compito di "trasmettere gli atti da lui posti in essere (differimento dell'esecuzione o liberazione del detenuto) immediatamente al tribunale di sorveglianza" chiamato a dare una decisione definitiva¹¹⁹.

Nel secondo parere, che la Commissione parlamentare era chiamata a dare al progetto definitivo del codice di procedura penale, non ci fu alcuna osservazione sul rinvio dell'esecuzione con la conseguenza che il progetto definitivo di tale istituto contenuto nell' art. 675 c.p.p. divenne testo definitivo nell'**art. 684** del

¹¹⁸ V. G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, *Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice*, Vol. V in *Il nuovo codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, CEDAM, Padova, 1990, pag. 477

¹¹⁹ V. G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, *op. cit.*, pag. 477

nuovo, e ancora attuale, codice di procedura penale del 1988 con collocazione sempre nel Libro X “Esecuzione”, Titolo III “Attribuzioni degli organi giurisdizionali” e Capo II “Magistratura di sorveglianza”.

In conclusione con l’art. 684 c.p.p. si sanciva a livello di procedura penale:

- l’incarico nelle ipotesi elencate nell’art. 146 c.p. e nell’art. 147 comma 1 n. 2 e 3 c.p. non più al pubblico ministero e al pretore ma al tribunale di sorveglianza
- la competenza del Ministro di Grazia e Giustizia nella fattispecie indicata all’art. 147 comma 1 n. 1 c.p., motivata nella relazione con l’affermazione che *“una prognosi favorevole sulla concedibilità del beneficio può essere effettuata soltanto dall’organo che nella prassi costituzionale esercita il relativo potere”*¹²⁰
- la possibilità per il magistrato di sorveglianza di adottare in via anticipata e con valenza provvisoria un provvedimento avente per oggetto il differimento dell’esecuzione della pena o la liberazione del condannato¹²¹.

5. CORTE COST. SENT. N. 274/1990

Il dubbio sulla ragionevolezza nell’affidare il compito di concedere il differimento dell’esecuzione della pena in capo al Ministro di Grazia e Giustizia nel caso in cui vi fosse presentazione di domanda di grazia si ripresentò in seguito¹²².

¹²⁰ V. G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, *op. cit.*, pag. 1013

¹²¹ La Corte costituzionale con la sentenza n. 364/1997 dichiarò non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 70 comma 6 o.p. nella parte in cui non prevede che il magistrato che si fosse pronunciato sulla istanza di rinvio provvisorio dell’esecuzione della pena in base all’art. 684 comma 2 c.p.p., non possa far parte del tribunale chiamato a dare una determinazione definitiva alla domanda del detenuto. Tale decisione trova fondamento nel fatto che l’intervento del magistrato non risulta essere un’anticipazione del giudizio di merito. L’istanza fu sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Bari di fronte al rigetto da parte del magistrato di sorveglianza della concessione provvisoria e immediata del beneficio al detenuto nell’ipotesi prevista all’art. 147 comma 1 n. 2 c.p. poiché riteneva che una sua, successiva, partecipazione al collegio potesse comportare la non imparzialità nella decisione finale. V. sent. n. 364/1997, in *Cass. pen.* 1998, pag. 766 ss.

¹²² Il pretore di San Miniato con ordinanza del 18-01-1986 aveva previsto il differimento (di un mese e 15 giorni di reclusione) dell’esecuzione della pena a favore del detenuto (il quale era stato condannato per reato sancito all’art. 388 comma 3 del c.p. e con sentenza dell’11-10-1985) fino alla decisione della domanda di

La questione venne riproposta in primo piano in virtù di un'ordinanza emessa il 21-09-1989 con cui il Tribunale militare di sorveglianza di Roma¹²³ sollevava l'illegittimità costituzionale dell'art. 589 comma 5 c.p.p. nella parte in cui (nell'ipotesi prevista dall'art. 147 comma 1 n. 1 c.p. e per effetto dell'art. 402¹²⁴ del codice penale militare di pace) si riconosceva al Ministro (che poteva essere Ministro della Difesa per i militari delle tre forze armate, il Ministro delle Finanze per i militari della Guardia di Finanza e il Ministro di Grazia e Giustizia per gli

grazia che quest'ultimo aveva presentato. Il procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Pisa aveva fatto ricorso alla Corte di cassazione contro tale ordinanza sostenendo che la stessa violasse l'art. 589 comma 5 c.p.p. che attribuiva al Ministro di Grazia e Giustizia la competenza esclusiva nell'ipotesi di differimento della pena detentiva quando l'esecuzione della stessa fosse già in corso nell'art. 147 comma 2 c.p. dove si fissava a sei mesi il limite massimo di durata del differimento dell'esecuzione. Il ricorso del pubblico ministero si ritenne fondato. Tuttavia la Corte di cassazione nell'esaminare la fattispecie aveva con ordinanza del 30-10-1986 sollevato questione di legittimità dell'art. 589 c.p.p. nella parte in cui si conferiva al Ministro l'incarico di provvedere al differimento dell'esecuzione della pena quando l'ordine di esecuzione era già stato posto in essere nell'ipotesi di presentazione da parte del condannato della domanda di grazia (art. 147 comma 1 n. 1 c.p.) in riferimento all'art. 13 Cost. (dove si affermava che i provvedimenti che hanno per oggetto restrizioni della libertà personale devono essere motivati dall'autorità giudiziaria), all'art. 24 Cost. (in quanto contrastava con il diritto del reo ad una tutela giurisdizionale che sarebbe stata garantita laddove la sospensione fosse stata concessa o negata da un organo esecutivo in quanto contro i suoi provvedimenti si poteva porre in essere un incidente di esecuzione e a sua volta impugnabile con ricorso in cassazione), al sistema costituzionale, al principio della esclusività della funzione propria dell'ordine giudiziario e della sua separazione dagli altri poteri dello Stato. Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, riteneva che la questione non fosse fondata. A sostegno di tale affermazione vi erano:

- l'art. 147 comma 2 c.p. in quanto, come detto sopra, stabiliva in sei mesi il tempo massimo in cui la pena poteva essere differita (il quale partiva dal momento in cui la sentenza fosse divenuta irrevocabile), termine che risultava essere superato
- la l. 663/1986 il cui art. 22 aveva modificato l'art. 70 della l. 354/1975 andando così ad assegnare al tribunale di sorveglianza la competenza sul rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione delle pene detentive (artt. 146 e 147 comma 1 nn. 2 e 3 c.p.)

Per tali motivi la Corte costituzionale stabilì con l'ordinanza 22 giugno-7 luglio 1988 la restituzione degli atti alla Corte di cassazione perché provvedesse a riesaminare gli atti tenendo di conto delle novità normative in modo così da stabilire se la questione che aveva sollevato potesse avere ancora rilevanza. Non risulta se questo riesame sia stato compiuto da parte del giudice *a quo*. V. Corte di cassazione, ordinanza di rinvio 30 ottobre 1986, in *Riv. pen.*, 1988, pag. 29 e ordinanza 22 giugno-7 luglio 1988 n. 779, in *Giur. Cost.*, 1988, I, pag. 3752-3753

¹²³ Un condannato militare (nei cui confronti era stata emessa una sentenza il 5-06-1987 dalla Corte militare d'appello la quale stabiliva una pena di 3 anni e 11 mesi di reclusione) aveva fatto istanza il 13-09-1989 al Tribunale militare di sorveglianza di Roma. Egli chiedeva la sospensione dell'esecuzione della pena militare detentiva ai sensi dell'art. 147 comma 1 n. 1 c.p. in quanto il detenuto aveva presentato lo stesso giorno anche la domanda di grazia. In base all'art. 589 comma 5 c.p.p. il tribunale in questione non avrebbe avuto alcuna competenza su tale concessione anzi, avrebbe dovuto trasmettere gli atti all'organo che risultava essere incaricato, cioè al Ministro della difesa. Il tribunale militare di sorveglianza mise in dubbio la legittimità di quest'ultima norma. V. Ordinanza (atto di promovimento) n. 522 del 21 Settembre 1989, in *Gazzetta Ufficiale I° Serie speciale - Corte costituzionale* (n. 46 del 15 novembre 1989)

¹²⁴ L'art. 402 c.p.m.p. dispone che le sentenze emesse dai tribunali militari devono osservare "in quanto applicabili" le disposizioni del codice di procedura penale, salvo quanto disposto dal Libro III, titolo VI e capo I del codice penale militare di pace.

agenti di custodia¹²⁵), da cui dipendeva il militare condannato, e non al tribunale militare di sorveglianza, il compito di concedere la sospensione dell'esecuzione della pena militare di fronte alla presentazione della domanda di grazia da parte del reo laddove l'esecuzione della pena avesse già avuto inizio¹²⁶. Il tribunale pose in essere tale istanza ritenendo che quanto era disposto all'art. 589 comma 5 c.p.p. fosse una violazione dell'art. 3 (per la normativa vigente il tribunale militare di sorveglianza risultava essere competente in materia di differimento nell'ipotesi indicata all'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. mentre non era così per il caso esposto al n. 1 dello stesso articolo. Si riteneva che la diversa fattispecie - rispettivamente grave infermità fisica del condannato e presentazione della domanda di grazia da parte dello stesso - non giustificasse la diversificazione dell'organo competente-giurisdizionale per il caso n. 2 e amministrativo per l'ipotesi n. 1 dell'art. 147 comma 1 c.p. -¹²⁷), art. 13 (la concessione al Ministro del potere di provvedere alla sospensione della esecuzione della pena detentiva militare, la quale risultava essere già in corso di espiazione, non traeva origine da alcuna regola costituzionale e si trattava di materia sottratta alla competenza dell'organo esecutivo. Inoltre riguardava un ambito per cui si riteneva necessario che l'autorità giudiziaria motivasse qualsiasi restrizione della libertà personale¹²⁸) e art. 24 (secondo il giudice *a quo* si presentava anche una manifesta irragionevolezza in quanto si poteva giungere a risultati diversi pur essendo di fronte a situazioni oggettive e

¹²⁵ V. M. De Paolis, *Il differimento della esecuzione della pena ancora davanti alla Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.* 1991, pag. 465

¹²⁶ Cfr. M. Pisani, *op. cit.*, pag. 89

¹²⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 274/1990, in *Giur. Cost.*, 1990, pag. 1653

¹²⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 274/1990, in *Giur. Cost.*, 1990, pag. 1652

soggettive identiche¹²⁹) della Costituzione posto che si andava ad affidare ad un organo amministrativo funzioni che comportavano una restrizione della libertà personale.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 114/1979 (con cui era stata revocata la competenza in capo al Ministro di Grazia e Giustizia in materia di rinvio facoltativo di fronte ad una grave infermità fisica del condannato - art. 147 comma 1 n. 2 c.p. -), sottolineava la volontà di eliminare “*l’ingerenza del potere amministrativo in relazione ad una sentenza di condanna divenuta definitiva*”¹³⁰. Questo principio avrebbe dovuto estendersi anche in riferimento all’ipotesi prevista dall’art. 147 comma 1 n. 1 c.p.

Il tribunale militare di sorveglianza affermava l’irragionevolezza anche all’art. 684 del nuovo codice di procedura penale dove al comma 1 si disponeva in capo al tribunale di sorveglianza l’incarico di applicare il differimento nelle ipotesi indicate all’art. 146 c.p. e all’art. 147 comma 1 n. 2 e n. 3 c.p. mentre al Ministro di Grazia e Giustizia la competenza della fattispecie n. 1 del 1° comma dell’art. 147 c.p.¹³¹. Il giudice *a quo* riguardo ad una tale disciplina non trovava una giustificazione al perché il riconoscimento del rinvio dell’esecuzione della pena di fronte alla presentazione di una domanda di grazia da parte del reo non trovasse competente il tribunale di sorveglianza visto che nell’art. 69 comma 9 o.p. si attribuiva al magistrato di sorveglianza il potere di esprimere un parere su ogni proposta o istanza di grazia concernenti i detenuti¹³².

¹²⁹Cfr. Corte cost., sent. n. 274/1990, in *Giur. Cost.*, 1990, pag. 1653

¹³⁰ Cfr. M. Pisani, *op. cit.*, pag. 89

¹³¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 274/1990, in *Giur. Cost.*, 1990, pag. 1653

¹³² V. n. 522 Ordinanza (atto di promovimento) 21 Settembre 1989, in *Gazzetta Ufficiale 1° Serie speciale - Corte costituzionale* (n. 46 del 15 novembre 1989)

Una visione contraria era avanzata dal Presidente del Consiglio, rappresentato e difeso dall'Avvocatura di Stato, il quale riteneva che l'istanza sollevata dal tribunale militare di sorveglianza fosse manifestamente infondata. L'affermazione era giustificata dall'idea che il principio che stava alla base dell'art. 147 comma 1 nn. 2 e 3 c.p. non era lo stesso di quello dell'ipotesi indicata al n. 1 del medesimo articolo: mentre nelle prime due ipotesi la previsione del rinvio era basato su presupposti obiettivi e verificabili e quindi lasciata alla discrezionalità dell'organo competente, nell'ultima fattispecie la concessione del beneficio si aveva solo laddove la decisione sulla domanda di grazia fosse risultata favorevole¹³³. Infatti riguardo al rinvio di fronte alla domanda di grazia non vi era alcun criterio obiettivo e verificabile per l'applicazione della discrezionalità (esso si basa su valutazioni umanitarie, equitative, politiche o celebrative) per cui non c'erano presupposti per una giurisdizionalizzazione nell'ipotesi prevista dall'art. 147 comma 1 n. 1 c.p. quando l'esecuzione della pena avesse già avuto inizio¹³⁴.

La Corte costituzionale, prendendo visione della richiesta sollevata dal Tribunale militare di sorveglianza di Roma e delle ragioni che avevano portato alla opposizione del Presidente del Consiglio a tale illegittimità, giunse alla conclusione di considerare manifestamente fondata l'istanza oggetto dell'ordinanza del 21-09-1989.

¹³³ Cfr. Corte cost., sent. n. 274/1990, in *Giur. Cost.*, 1990, pag. 1653-1654

¹³⁴ Molto probabilmente il codice di procedura penale del 1988 aveva accolto la giurisdizionalizzazione del procedimento esecutivo della sentenza ma non riguardo all'art. 147 comma 1 n. 1 c.p. in quanto si riteneva che il beneficio potesse essere concesso solo dal Ministro che *"istruisce la domanda e controfirma l'atto presidenziale"*. Inoltre il piccolo ruolo che era chiamato a svolgere il magistrato di sorveglianza (cioè quello di dare un parere non vincolante) non poteva attribuire quella connotazione giurisdizionale alla concessione del rinvio riguardo al caso in cui vi sia presentazione della domanda di grazia da parte del reo. Cfr. Corte cost., sent. n. 274/1990, in *Giur. Cost.*, 1990, pag. 1654

La Corte affermava che a fondamento di una tale decisione vi fossero diversi motivi:

- la previsione contenuta nell'art. 69 comma 9 o.p. di lasciare pareri, anche se non vincolanti, da parte del magistrato di sorveglianza sulle proposte o istanze di grazia riguardanti i condannati non poteva non far supporre che il tribunale di sorveglianza potesse essere in grado di effettuare quella prognosi riguardo la possibilità di concedere o meno la grazia¹³⁵.
- l'istituto del differimento dell'esecuzione della pena si presentava autonomo rispetto alla concessione della grazia¹³⁶.
- la competenza del tribunale di sorveglianza nelle tre ipotesi indicate nell'art. 147 comma 1 c.p. era stata inizialmente prevista nel progetto preliminare del codice di procedura penale, risultando così conforme alle competenze che l'ordinamento penitenziario riconosceva al magistrato di sorveglianza e al principio della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione della pena, per poi nella relazione definitiva, come avevamo già spiegato nella prima parte di questo paragrafo, essere attribuito di nuovo in capo al Ministro di Grazia e Giustizia¹³⁷.
- non c'era *“alcun vincolo costituzionale determinante per l'esercizio del potere di grazia da parte del Presidente della Repubblica”* per cui o *“la prognosi sulla concedibilità del beneficio non è formulabile da alcun organo, giudiziario o politico che sia (ed in tal caso l'ipotesi prevista all'art. 147 comma 1 n. 1 andrebbe eliminata)”* oppure *“va condivisa, soprattutto per le pene brevi, la ratio del mantenimento dell'ipotesi medesima: ma la decisione della stessa doveva*

¹³⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 274/1990, in *Giur. Cost.*, 1990, pag. 1656

¹³⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 274/1990, in *Giur. Cost.*, 1990, pag. 1656

¹³⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 274/1990, in *Giur. Cost.*, 1990, pag. 1656

essere presa dal Tribunale di sorveglianza competente a decidere per le ipotesi previste all'art. 147 comma 1 n. 2 e n. 3 c.p."¹³⁸

- l'irragionevolezza della attribuzione dell'incarico in capo al Ministro della concessione del rinvio dell'esecuzione della pena nell'ipotesi della presentazione della domanda di grazia, posto che di fronte ad uguali situazioni di fatto si potevano avere decisioni differenti o addirittura opposte e comunque con diversità assoluta di procedure e garanzie (rilevanti sotto il profilo dell'art. 24 Cost.)*"sol che l'interessato abbia posto le predette situazioni di fatto a sostegno della richiesta di rinvio dell'esecuzione della pena ex art. 147 comma 1 n. 2 c.p. (la cui decisione è competenza del Tribunale di sorveglianza) oppure a fondamento d'una domanda di grazia, con correlata richiesta di rinvio dell'esecuzione della pena ex art. 147 comma 1 n.1 del c.p., la competenza a decidere di quest'ultimo rinvio essendo devoluta, invece, al potere esecutivo"*.¹³⁹

La Corte costituzionale, alla fine delle sue motivazioni, stabiliva che al tribunale di sorveglianza aspettasse oltre alla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva anche quella pecuniaria di fronte alla presentazione di una domanda di grazia¹⁴⁰ e che l'art. 589 c.p.p., nella parte in cui prevedeva la competenza in capo al Ministro della concessione della sospensione dell'esecuzione della pena nell'ipotesi indicata all'art. 147 comma 1 n. 1 c.p., risultasse una violazione dell'art. 3 comma 1 della Costituzione in quanto non si poteva avere una disciplina tanto diversa per analoghe

¹³⁸ Cfr. M. Pisani, *op. cit.*, pag. 92-93

¹³⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 274/1990, in *Giur. Cost.*, 1990, pag. 1657

¹⁴⁰ Questo potere trovava giustificazione, secondo la Corte costituzionale, dalle numerose funzioni che la legge n. 663/1986 aveva riconosciuto a capo del magistrato e del tribunale di sorveglianza. Cfr. Corte cost., sent. n. 274/1990, in *Giur. Cost.*, 1990, pag. 1657

situazioni che andavano tutte a limitative la libertà personale¹⁴¹. Infine la Corte disponeva che ogni altra violazione ai principi costituzionali venisse assorbita dalla lesione dell'art. 3 comma 1 Cost.

Dopo aver espresso queste motivazioni la Corte costituzionale con la **sentenza n. 274/1990** sancì l'illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 comma 1 Cost. dell'**art. 589 comma 3** *“nella parte in cui si attribuiva al Ministro di Grazia e Giustizia e non al tribunale di sorveglianza il potere di differire l'esecuzione della pena nel caso previsto dall'art. 147 comma 1 n. 1 c.p.”*; dell'**art. 402 c.p.m.p.** *“nella parte in cui attribuiva al Ministro da cui dipende il militare condannato e non al tribunale militare di sorveglianza il potere di differire l'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 147 comma 1 n. 1 c.p.”* e infine l'**art. 684 c.p.p.** *“nella parte in cui attribuiva al Ministro di Grazia e Giustizia e non al tribunale di sorveglianza il potere di provvedere al differimento della pena ai sensi dell'art. 147 comma 1 n. 1 c.p.”*¹⁴².

Nella sentenza venne dichiarata l'illegittimità dell'art. 589 comma 3 c.p.p. quando invece la richiesta del giudice *a quo* aveva avuto per oggetto l'art. 589 comma 5 c.p.p.: si era così revocato in capo al Ministro di Grazia e Giustizia la competenza a concedere il “differimento” dell'esecuzione della pena di fronte alla presentazione della domanda di grazia del condannato quando la sentenza non aveva avuto ancora esecuzione e non, come invece era stato posto ad oggetto dell'istanza dal Tribunale militare di sorveglianza di Roma, la “sospensione” della stessa quando l'esecuzione

¹⁴¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 274/1990, in *Giur. Cost.*, 1990, pag. 1657

¹⁴² L'illegittimità si era estesa all'art. 684 c.p.p. a seguito dell'art. 27 della l. 11 marzo 1953 n. 87 il quale, nell'ultima parte, disponeva che la Corte costituzionale era chiamata a dichiarare le altre disposizioni legislative la cui illegittimità costituzionale derivava come conseguenza della decisione adottata.

della pena avesse già avuto inizio.¹⁴³ Non era stata data alcuna giustificazione in grado di dare una spiegazione a tale scelta.

In sintesi con la sentenza n. 274/1990 si conclude quel ciclo di modifiche riguardo le competenze in capo al Ministro di Grazia e Giustizia e si completa il percorso di giurisdizionalizzazione dell'espiazione della pena a cui la Corte costituzionale aveva dato inizio con la sentenza n. 114/1979, andando così a riconoscere al tribunale di sorveglianza l'incarico di concedere il rinvio dell'esecuzione nelle ipotesi indicate negli artt. 146 e 147 c.p.

¹⁴³ Cfr. M. Pisani, *op. cit.*, pag. 94 dove si affermava che tale scelta non poteva trarre fondamento dall'idea che la Corte avesse voluto colpire il comma 3 perché considerato norma più generale rispetto al comma 5 e questa una sua specificazione: si escludeva che si potesse parlare di norma "generale" e disposizione "particolare". **Di contro** M. De Paolis, *op. cit.*, pag. 535

CAPITOLO III

ANALISI DELL'ISTITUTO NELLA "VERSIONE" OBBLIGATORIA E IN QUELLA FACOLTATIVA I RAPPORTI CON LA DETENZIONE DOMICILIARE

Sommario: 1. Considerazioni introduttive – 1.1 Il rinvio obbligatorio (art. 146 c.p.): il campo applicativo – 1.1.1 Donna incinta e madre di infante di età inferiore ad anni uno (art. 146 comma 1 nn. 1 e 2 c.p.) – 1.1.2 Persona affetta da AIDS o da grave deficienza immunitaria o da altra malattia particolarmente grave (art. 146 comma 1 n. 3 c.p.) – 1.2 Il rinvio facoltativo (art. 147 c.p.): il campo applicativo – 1.2.1 La presentazione della domanda di grazia da parte del condannato (art. 147 comma 1 n. 1 c.p.) – 1.2.2 Persona che si trova in condizioni di “*grave infermità fisica*” (art. 147 comma 1 n. 2 c.p.) – 1.2.3 Madre di prole di età inferiore a tre anni (art. 147 comma 1 n. 3 c.p.) – 2. Il coordinamento tra il differimento dell'esecuzione della pena e la detenzione domiciliare - 2.1 La disciplina *prima* della l. n. 165/1998 – 2.2 ... (segue) *dopo* la riforma

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Con il codice Rocco del 1930 l'istituto dell' differimento era stato diviso in rinvio obbligatorio e in rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena rispettivamente disciplinati negli artt. 146 e 147 del codice penale.

La presenza di una delle ipotesi tassativamente elencate in questi due articoli comporta la rinuncia temporanea della pretesa punitiva da parte dello Stato. Il legislatore ha giustificato una tale rinuncia stabilendo che di fronte alle fattispecie indicate negli artt. 146 e 147 c.p. la tutela di beni giuridici di rango costituzionale (come ad esempio la famiglia - art. 31 Cost. - e la salute - art. 32 Cost. -) deve prevalere rispetto al principio generale di esecuzione immediata della sentenza in modo così da evitare che l'inizio o la continuazione dell'espiatione della pena potesse comportare un danno nei confronti del condannato.

Sia l'art. 146 c.p. che l'art. 147 c.p. prevedano, per la loro applicazione, che il reo si trovi in stato di libertà: si parla infatti di “*differimento*” che consiste nello spostamento del momento iniziale dell'esecuzione della pena¹⁴⁴. Presupposto per l'attuazione del rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena è che la sentenza sia divenuta definitiva posto che loro concessione non può costituire una mera anticipazione del giudizio finale¹⁴⁵.

L'istanza del differimento può provenire dal detenuto, dal difensore o dal pubblico ministero¹⁴⁶. Oggetto del differimento dell'esecuzione della pena sono le pene detentive. Il rinvio obbligatorio esclude in modo esplicito la sua applicazione nei confronti delle pene pecuniarie mentre il rinvio facoltativo si estende a quest'ultime nella sola ipotesi di presentazione della domanda di grazia¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Nel caso in cui l'esecuzione della pena avesse già avuto inizio è possibile, in presenza di una delle ipotesi indicate agli artt. 146 e 147 c.p., procedere non al differimento ma alla “*sospensione*” della stessa. Tale facoltà è però prevista dall'art. 684 comma 1 c.p.p. dove infatti si parla di “liberazione del detenuto”. V. M. Pavarini, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Vol. I, UTET, Torino, 2002, pag. 367

¹⁴⁵ V. M. Pavarini, *op. cit.*, pag. 367

¹⁴⁶ Anche il magistrato di sorveglianza può d'ufficio istaurare il procedimento su indicazione della direzione carceraria. V. G. Marinucci, E. Dolcini e G.L. Gatta *Codice penale commentato* Vol. I, 3° ed., Ipsoa, 2011, pag. 1800

¹⁴⁷ All'art. 660 comma 3 c.p.p. si stabilisce che in caso di insolvenza il magistrato può ordinare la rateizzazione della pena (art. 133 *ter* c.p.) se non è stata disposta con sentenza di condanna oppure può differire la conversione per un periodo non superiore a sei mesi. Solo se lo stato di gravidanza o di puerperio o di infezione HIV ha

Il differimento dell'esecuzione della pena non è soggetto ad alcuna prescrizione¹⁴⁸ e ha una durata predeterminata¹⁴⁹, cioè una volta scaduto il tempo il pubblico ministero provvede ad emettere l'ordine di carcerazione salvo che il tribunale di sorveglianza non vada a disporre una proroga¹⁵⁰.

La revoca dell'ordinanza con cui il tribunale di sorveglianza ha concesso il differimento è possibile quando i presupposti che ne consentono l'applicazione vengono meno e, per le ipotesi elencate all'art. 147 c.p., anche laddove vi sia concreto pericolo di commissione di delitti. Si era presentato il quesito se l'istituto del differimento dell'esecuzione della pena potesse essere revocato o sospeso anticipatamente, in via cautelare, soprattutto di fronte ad una persona a cui era stato concesso tale beneficio e che risultava essere recidivo nel delitto¹⁵¹: si nota che l'art. 51 *ter* o.p. non prevede nei riguardi dell'istituto in oggetto alcuna sospensione né sono previste ipotesi di revoca fuori dai casi indicati sopra. Si è stabilito che la revoca del beneficio non può essere determinata di fronte a violazioni compiute dal

contribuito a questa condizione di insolvenza può implicare indirettamente l'estensione del differimento alle pene pecuniarie: di conseguenza le ipotesi elencate negli artt. 146 e 147 c.p. non possono essere impiegate per consentire l'applicazione del rinvio se queste conseguenze economiche non derivano dallo stato fisico del soggetto. Cfr. T. Padovani, *Codice penale* Vol. I, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 1128

¹⁴⁸ Ciò trova conferma nel provvedimento della Corte di cassazione con cui ha annullato senza rinvio quella parte dell'ordinanza, emessa dal tribunale di sorveglianza dove concedeva il differimento dell'esecuzione della pena per grave infermità al condannato (art. 147 comma 1 n. 2 c.p.) imponendogli una serie di prescrizioni come l'obbligo di residenza e di non uscire dalla sua abitazione. V. Cass. Sez. I, 27 novembre 1991, Alampi, in *Cass. pen.* 1993, pag. 559. In senso conforme, Cass. Sez. I, 9 novembre 1992, Molè, in *Cass. pen.* 1994, pag. 941. Nello stesso senso la Cass. Sez. I, 22 settembre 1994, Alampi, in *Cass. pen.* 1996, pag. 524 ha disposto che il periodo del differimento della esecuzione della pena doveva essere preso in considerazione ai fini del calcolo della pena da espiare quando l'imposizione arbitraria di obblighi nella concessione del rinvio rendevano quest'ultimo una sorta di detenzione domiciliare.

¹⁴⁹ La concessione del rinvio dell'esecuzione della pena è soggetta ad un termine finale, tuttavia la Corte di cassazione ha disposto che questa apposizione sia illegittima quando le condizioni cliniche del condannato siano gravi ed irreversibili. La Corte di cassazione, il 30 aprile 2001, stabilì, infatti, l'annullamento senza rinvio di un'ordinanza, con cui il tribunale di sorveglianza aveva concesso il rinvio dell'esecuzione della pena, nella parte in cui si prevedeva la durata di un anno del differimento risultando in contrasto con lo stato di salute del reo che era stato riconosciuto irreversibile. V. Cass. sez. I, 30 aprile 2001, Sabatelli, in *Giust. pen.* 2002, II, pag. 188 e F. Fiorentin e G.G. Sandrelli, *L'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali. Disciplina dell'esecuzione penale e penitenziaria*, CEDAM, Padova, 2007, pag. 404

¹⁵⁰ M. Canepa e S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 221

¹⁵¹ M. Ronco e S. Ardizzone, *Codice penale ipertestuale: commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, UTET, Torino, 2003, pag. 673

condannato durante il rinvio dell'esecuzione della pena ma eventualmente nel caso in cui ci fosse un miglioramento dello stato di salute dello stesso¹⁵².

1.1. Il rinvio obbligatorio (art. 146 c.p.): il campo applicativo

Il **rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena**, disciplinato all'art. 146 del codice penale, si applica nelle ipotesi tassativamente elencate e *non ammette alcuna discrezionalità* o valutazioni sulla sua concessione da parte del tribunale di sorveglianza.

In origine, con il codice penale del 1930, erano tre i casi dove questo beneficio doveva essere concesso: nei confronti di *donna incinta*, di *donna che avesse partorito da meno di sei mesi* e infine nei riguardi di una *persona condannata a morte che avesse fatto domanda di grazia*. In seguito quest'ultima ipotesi è stata abolita dal d.l.l. n. 224 del 10 Agosto 1944, rimanendo solo per le prime due ipotesi. Questa situazione è rimasta tale fino all'art. 2 d.l. n. 139 del 14 Maggio 1993 il quale ha aggiunto una terza ipotesi che disponeva inizialmente la concessione del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena anche quando il condannato fosse affetto da infezione HIV. Quest'ultima fattispecie sarà oggetto di numerosi interventi.

¹⁵² In tal senso vedi Cass. Sez. I, 5 aprile 1994, Ponzio, in *Cass. pen.* 1994, pag. 3004 il quale di fronte al ricorso del detenuto Ponzio contro l'ordinanza emessa dal Tribunale di sorveglianza di Firenze (che con la stessa ha rigettato la richiesta di differimento della pena ai sensi dell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. in quanto durante i periodi di sospensione della pena, concessa provvisoriamente dal magistrato di sorveglianza in virtù dell'art. 684 comma 2 c.p.p., aveva commesso illeciti) ha dichiarato la fondatezza della richiesta del reo posto che le violazioni compiute dal detenuto durante le fasi sospensive non erano motivo di revoca del provvedimento provvisorio di sospensione dell'esecuzione della pena emesso dal magistrato di sorveglianza e di rigetto della richiesta fatta dal condannato. Per tale motivo la corte di cassazione ha provveduto all'annullamento senza rinvio dell'ordinanza emessa dal tribunale di sorveglianza.

Successivamente verranno trattate le singole ipotesi in cui trova applicazione il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena nell'ordinamento vigente e la loro evoluzione normativa.

1.1.1 Donna incinta e madre di infante di età inferiore ad anni uno (art. 146 comma 1 nn. 1 e 2 c.p.)

Come detto sopra, inizialmente, all'art. 146 comma 1 nn. 1 e 2 c.p. si prevedeva l'applicazione del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena rispettivamente nei confronti di una donna incinta e di una donna che avesse partorito da meno di sei mesi. Le ipotesi indicate nei primi due punti dell'art. 146 comma 1 c.p. erano volte ad offrire una tutela alla famiglia e all'infanzia.

La protezione aveva le sue radici sia a livello nazionale (art. 31 della *Costituzione* dove si sottolinea il compito della Repubblica di garantire la tutela agevolando l'inserimento di istituti volti a tale scopo) che a livello internazionale (art. 24 del *Patto internazionale dei diritti civili e politici*¹⁵³ e art. 2 della *Convezione sui diritti del fanciullo*¹⁵⁴ dove in sintesi si dispone la necessità di applicare qualsiasi misura protettiva nei confronti del bambino da ogni forma di discriminazione e dal *Preambolo della convenzione sui diritti del fanciullo* nel quale si sottolineava l'importanza dell'ambiente in cui il bambino avrebbe dovuto crescere al fine di avere uno sviluppo della personalità "armonioso e completo")¹⁵⁵.

¹⁵³ Il Patto internazionale dei diritti civili e politici è un trattato della Nazioni Unite adottato nel 1966 ma entrato in vigore il 23 marzo del 1976.

¹⁵⁴ La Convenzione sui diritti del fanciullo fu approvata il 20 novembre del 1989 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite ma in Italia è stata ratificata il 27 maggio 1991 con la legge n. 176

¹⁵⁵ Cfr. L. Cesaris, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori* (l. 8.3.2001 n. 40), in *Leg. pen.* 2002, pag. 547

Da queste fonti normative si può comprendere che il carcere non fosse sicuramente il luogo più adatto dove fare crescere un bambino in quanto ne comprometteva la “facoltà sensoriali e motorie nonché le capacità di apprendimento”¹⁵⁶.

Il differimento fino ad allora trovava come limite nella sua applicazione solo l’età del bambino non andando a prendere in considerazione altri fattori come la pericolosità sociale della madre o il reato da essa compiuto. Inoltre laddove la madre non avesse avuto i requisiti per poter usufruire del rinvio o della detenzione domiciliare, avrebbe continuato a scontare la sua pena in carcere concedendole la possibilità di tenere con sé il figlio o la figlia fino all’età di tre anni: in questo modo il bambino si sarebbe trovato a subire indirettamente una condanna che derivava da una violazione che era stata la donna a compiere, “costretto” a vivere in un ambiente *“povero di stimoli e connotato dalla privazione della autorevolezza della figura genitoriale”* con la conseguenza che, una volta giunto all’età di tre anni, il distacco dalla madre sarebbe stato ancora più sofferto comportando in lui un danno sia a livello affettivo che allo sviluppo psicologico.

Un cambiamento avvenne con la **legge n. 40 dell’8-03-2001**. Gli obiettivi che il legislatore voleva raggiungere con questa legge erano quelli di *“garantire una tutela dell’infanzia e della fase preadolescenziale assicurando alla prole delle condannate l’assistenza materna in modo continuativo e in un ambiente familiare e l’abolizione della carcerazione degli infanti”*¹⁵⁷. L’idea dei bambini in carcere fino all’età di tre anni al fine di garantire una relazione tra il figlio e la madre

¹⁵⁶ V. L. Cesaris, *op. cit.*, pag. 547

¹⁵⁷ Cfr. Atti parlamentari, Camera dei deputati, XIII Legislatura, *Disegno di legge n.4426 presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro per le pari opportunità di concerto con il Ministro di grazia e giustizia*, pag. 2 (è ripresa da questo documento la frase in corsivo virgolettata che precede tale nota)

detenuta doveva essere l'ultimo rimedio da utilizzare. Tra le molteplici modifiche che la l. n. 40/2001 introdusse ci furono anche le correzioni contenute nell'art. 1 comma 1 riguardanti le ipotesi nn. 1 e 2 dell'art. 146 comma 1 c.p.

Il disegno di legge venne presentato alla Camera dei deputati dal Presidente del Consiglio dei ministri Prodi e dal Ministro per le Pari Opportunità Finocchiaro di concerto con il Ministro di grazia e giustizia Flick il 24-12-1997. In quel periodo si riteneva che la tutela del rapporto madre-figlio non fosse adeguatamente garantita dagli istituti (il differimento dell'esecuzione e la detenzione domiciliare) che erano presenti nel sistema penale e penitenziario così come venivano disciplinati.

L'art. 1 comma 1 del disegno di legge disponeva al primo punto che il rinvio obbligatorio dovesse sempre *“avere luogo contro donna incinta”* e al secondo punto introduceva invece una correzione in quanto questo beneficio si concedeva non più nei confronti di una madre che avesse partorito da meno di sei mesi ma *“contro madre di infante di età inferiore ad anni uno salvo che sia stato affidato ad altri”*.

Il legislatore aveva così deciso di estendere l'applicazione del rinvio obbligatorio aumentando l'età dell'infante fino ad un anno al fine di consentire alla madre di completare l'allattamento e lo svezzamento del neonato. Quest'ultimo punto continuava prevedendo, a differenza della versione del codice Rocco, che laddove la madre fosse stata condannata per uno dei reati indicati dall'art. 4 *bis*, comma 1, primo periodo della legge 26 luglio 1975, n. 354 e non ci fossero i presupposti per applicare benefici e misure alternative contemplate nella legge (cioè non erano collaboratori di giustizia), il differimento obbligatorio in tal caso doveva essere concesso fino al compimento, da parte del figlio, dell'età di sei mesi, salvo che non fosse affidato ad altri (per il periodo che andava da sei mesi ad un anno si poteva

avere il differimento facoltativo). Rispetto al testo previgente, si iniziava a tenere di conto della pericolosità sociale della madre riducendone così il tempo di concessione del differimento obbligatorio (continuava comunque a non tenere in considerazione il periodo di condanna della madre).

Infine per le ipotesi nn. 1 e 2 dell'art. 146 comma 1 c.p., allo scopo di evitare ogni possibile abuso da parte della madre condannata¹⁵⁸, si stabiliva la revoca del differimento obbligatorio quando *la gravidanza si fosse interrotta o il figlio fosse morto o fosse stato abbandonato o affidato ad altri e il parto fosse avvenuto da oltre due mesi*.

Questo disegno di legge presentato alla Camera dei deputati venne assegnato alla II commissione (giustizia) dove venne sottolineata l'esistenza di due esigenze ovvero da un lato quella di garantire un rapporto fra la madre detenuta e il figlio e dall'altra quella dello Stato di punire penalmente i reati commessi: la comparazione di queste due esigenze non doveva essere svolta a discapito del rapporto madre-figlio¹⁵⁹. Durante i vari interventi che succedettero in commissione si introdussero due emendamenti riguardanti l'art. 146 comma 1 n. 2 c.p. da parte del deputato Gazzilli il quale chiedeva che il secondo periodo dell'ipotesi n. 2, contenuta nel comma 1 dell'art. 146 c.p. fosse soppressa (emendamento 1.1) e sostituito con la seguente dicitura "Il differimento non opera se l'espiazione della pena riguarda uno dei reati indicati nell'art. 4 *bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354" (emendamento

¹⁵⁸ Questo perché è vero che il progetto era volto a tutelare gli interessi del bambino ad una crescita sana e ad un rapporto con la madre detenuta ma è altrettanto giusto dire che sicuramente i benefici previsti da questa legge potevano costituire per il genitore un modo per sottrarsi, di regola temporaneamente, all'esecuzione della pena.

¹⁵⁹ Cfr. Atti parlamentari, Camera dei deputati, XIII Legislatura, *Resoconto della seduta del 27 maggio 1999*, pag. 13-14

1.2). Su tale emendamenti espresse parere contrario la relatrice Anna Maria Serafini, in quanto riteneva che questi restringessero il campo applicativo del rinvio obbligatorio visto che non avrebbe trovato attuazione nei confronti di madri che avessero commesso reati come l'associazione di stampo mafioso e il traffico di stupefacenti o di armi¹⁶⁰. Successivamente il deputato Gazzilli ritirò l'emendamento 1.1 e giustificò la modifica 1.2 affermando che l'art. 146 comma 1 n. 2 c.p., come presentato nel disegno di legge iniziale, contrastava con l'esigenza di sicurezza dei cittadini e con le relative misure che si trovavano in quel periodo oggetto dell'esame della commissione¹⁶¹. La relatrice Serafini intervenne sostenendo che questo provvedimento era nato per tutelare i bambini e il loro rapporto con la madre detenuta, non andando ad interferire sulle misure di sicurezza¹⁶². La commissione giunse così a rigettare la correzione proposta dal deputato Gazzilli e approvò l'art. 1 del disegno di legge.

In seguito il testo elaborato dalla Commissione di giustizia fu sottoposto al parere della I e V commissione (rispettivamente Affari costituzionali e Bilancio) i quali furono favorevoli. La commissione di Affari costituzionali avanzava la proposta di rimuovere la frase "*salvo che sia stato affidato ad altri*" contenuta nell'art. 146 comma 1 n. 2 c.p. come disposto dall'art. 1 comma 1 del disegno di legge. Questa idea della I commissione trovava giustificazione nel contrasto con quanto veniva detto nel comma 2 dell'art. 146 c.p.: l'affidamento del bambino a persona diversa

¹⁶⁰ Cfr. Atti parlamentari, Camera dei deputati, XIII Legislatura, *Resoconto della seduta del 20 gennaio 2000*, pag. 31

¹⁶¹ Cfr. Atti parlamentari, Camera dei deputati, XIII Legislatura, *Resoconto della seduta del 2 febbraio 2000*, pag. 13

¹⁶² Cfr. Atti parlamentari, Camera dei deputati, XIII Legislatura, *Resoconto della seduta del 2 febbraio 2000*, pag. 14

dalla madre risultava essere uno dei motivi per cui si poteva disporre la revoca del rinvio obbligatorio sempre che il parto fosse avvenuto già da due mesi. Invece la frase che era contenuta nell'art. 146 comma 1 n. 2 c.p., così come riportato dall'art. 1 comma 1 del disegno di legge, poteva portare alla non concessione del differimento nei confronti di una madre il cui figlio fosse stato affidato ad altri anche qualora il parto fosse avvenuto da meno di due mesi portando così a restringere il campo applicativo del beneficio¹⁶³. La relatrice Serafini risultava essere d'accordo con la proposta della I commissione e la Commissione di Giustizia provvide ad approvare la relativa correzione. Il testo della commissione venne successivamente esaminato in Assemblea e alla fine approvato il 27-07-2000.

Il provvedimento che la Camera dei deputati presentò al Senato della Repubblica il 31-07-2000, tenendo conto del parere della I commissione e delle osservazioni della II Commissione, all'art. 1 comma 1 disponeva che il rinvio obbligatorio dovesse essere concesso contro la donna incinta e contro la madre di un infante di età inferiore ad un anno. In questa seconda ipotesi, laddove la madre avesse compiuto uno dei reati indicati dall'art. 4 *bis* comma 1 della legge n. 354/1975 e non ci fossero stati i presupposti per applicare benefici e misure alternative *ivi* contemplate, il differimento obbligatorio doveva operare non più fino ad un anno ma fino al compimento di sei mesi di età del figlio, salvo che non fosse affidato ad altri¹⁶⁴. Infine per eliminare ogni possibilità di abuso da parte della madre si stabiliva che il

¹⁶³ La relatrice Serafini fece notare in Assemblea che un tale inciso comportava l'accertamento del presupposto e l'idea che il differimento non fosse automatico. Cfr. Atti parlamentari, Camera dei deputati, XIII Legislatura, *Resoconto stenografico dell'Assemblea del 21 luglio 2000*, pag. 18

¹⁶⁴ In sede di esame in Assemblea del testo presentato dalla II commissione la relatrice Anna Maria Serafini fece notare che la Commissione aveva cercato di tutelare gli interessi dei bambini temperando anche l'esigenza di sicurezza attraverso la riduzione del periodo di rinvio obbligatorio da un anno a sei mesi per le madri che avevano compiuto reati indicati all'art. 4 *bis* comma 1 della legge n. 354/1975. V. Atti parlamentari, Camera dei deputati, XIII Legislatura, *Resoconto stenografico dell'Assemblea del 21 luglio 2000*, pag. 18

rinvio obbligatorio venisse revocato qualora la gravidanza si fosse interrotta o il figlio fosse morto o affidato ad altri o fosse stato abbandonato e il parto fosse avvenuto da oltre due mesi.

Il Senato della Repubblica assegnò il disegno alla II Commissione (Giustizia) la quale apportò notevoli correzioni al testo approvato dalla Camera dei deputati. Il provvedimento che la commissione presentò al Senato stabiliva all'art. 1 comma 1 che il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena continuasse ad essere concesso *“nei confronti di donna incinta”* e *“nei confronti di madre di infante di età inferiore ad anni uno”* senza però, a differenza di quanto era stato deciso in quest'ultima ipotesi alla Camera dei deputati, alcuna riduzione a sei mesi laddove la madre avesse compiuto reati previsti dall'art. 4 *bis* comma 1 della legge n. 354/1975 e non vi fossero le condizioni per applicare i benefici e le misure *ivi* contemplate. Il senatore Fassone, in sede di esame in Aula del testo proposto dalla II Commissione, affermò che l'eliminazione della limitazione posta dalla Camera dei deputati nella seconda ipotesi dell'art. 146 comma 1 c.p. per la concessione del rinvio obbligatorio trovava giustificazione nel fatto che il neonato non dovesse risentire del tipo di reato che la madre aveva commesso¹⁶⁵.

Inoltre all'art. 146 comma 2 c.p. accanto alla parola differimento si aggiungeva la frase *“non opera o, se concesso”* (con tale inciso si rendeva esplicito il fatto che le ipotesi elencate in questo articolo potevano realizzarsi anche quando il differimento non aveva avuto ancora inizio allora si parlava non di revoca ma di *“non opera”*), si inseriva fra i motivi di revoca anche l'ipotesi in cui la madre fosse stata dichiarata

¹⁶⁵ V. Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XIII Legislatura, *Resoconto stenografico dell'Assemblea del 6 febbraio 2001 (antimeridiana)*, pag. 12

decaduta dalla potestà sul figlio ai sensi dell'art. 330 del codice civile (la decadenza della potestà è prevista quando “il genitore viola o trascura i doveri derivanti dalla sua responsabilità genitoriale o abusa dei suoi poteri creando un grave pregiudizio al figlio”¹⁶⁶) e infine la frase “e il parto è avvenuto da oltre due mesi” veniva sostituita con “semprech  l'interruzione di gravidanza o il parto siano avvenuti da oltre due mesi” (con questa modifica si sottolineava che il termine di due mesi per la revoca del rinvio obbligatorio dovesse partire non solo dal parto ma anche dalla interruzione di gravidanza).

Il testo dell'art. 1 comma 1 del disegno di legge limitatamente alla parte riguardante l'art. 146 comma 1 nn. 1 e 2 c.p. proposto dalla Commissione trov  approvazione al Senato della Repubblica il 6-02-2001. In seguito venne ripresentata alla Camera dei deputati che, dopo l'esame in commissione di giustizia, l'approv  senza alcuna correzione il 28-02-2001.

Con l'art. 1 comma 1 della l. 40/2001 si   quindi cercato di apportare delle correzioni nelle prime due ipotesi del differimento obbligatorio con lo scopo di consentire un rapporto madre-figlio¹⁶⁷ migliore e una crescita sana e corretta di quest'ultimo. Questi interventi hanno prolungato l'et  dell'infante da sei mesi ad un anno per la concessione del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena e inserito fra i motivi che portano alla non opera del differimento o, se gi  concesso, alla sua revoca anche l'ipotesi in cui la madre fosse stata dichiarata decaduta dalla potest  del figlio in base all'art. 330 del codice civile.

¹⁶⁶ V. art. 330 del codice civile

¹⁶⁷ I miglioramenti apportati dall'art. 1 della l. 40/2001 al rapporto tra madre detenuta e figlio sia per il rinvio obbligatorio che, come sar  indicato successivamente, per il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena non sembravano trovare estensione nei confronti del padre detenuto. V. Commento di P. Carnevelli nel testo *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri*, in *Dir. pen. e proc.* n.7/2001, pag. 808

Occorre dire che durante l'esame al testo del disegno di legge risultante dalle modifiche apportate dal Senato a cui venne chiamata anche la I Commissione Affari costituzionali, al fine di dare un parere allo stesso, rilevò una possibile contraddittorietà tra l'art. 1 comma 1 del disegno di legge nella parte in cui stabiliva la non concessione o la revoca del rinvio obbligatorio di fronte alla perdita da parte della madre della potestà genitoriale ai sensi dell'art. 330 del codice civile¹⁶⁸ e l'art. 7 introdotto dal Senato della Repubblica il quale disponeva la sospensione della pena accessoria della decadenza o sospensione della potestà dei genitori nell'ipotesi in cui fosse stato concesso uno dei benefici indicati da questa legge e per tutto il periodo di applicazione dello stesso. Il dubbio su una contraddizione di questi due articoli del disegno di legge da parte della I commissione derivava dall'idea che da un lato c'era una madre che, nonostante avesse diritto a vedersi applicato il differimento obbligatorio, le veniva revocato o non concesso laddove ci fosse stata decadenza della potestà genitoriale per inadempimento dei doveri e obblighi che un genitore ha nei confronti del figlio, dall'altro invece si disponeva che nei riguardi di colei che avesse compiuto reati ai quali si associava anche la previsione di una pena accessoria di sospensione o decadenza della potestà genitoriale i benefici indicati dalla l. 40/2001 (tra cui anche il differimento dell'esecuzione della pena) avrebbero trovato applicazione con sospensione della pena accessoria per tutto il

¹⁶⁸ Il deputato Marotta, durante la discussione in Camera dei deputati sulle linee generali del testo presentato dal Senato, asseriva che l'inserimento da parte del Senato della decadenza della potestà dei genitori come uno dei motivi di revoca del differimento nell'ipotesi nn. 1 e 2 dell'art. 146 comma 1 c.p. poteva essere evitato in quanto era già previsto all'art. 5 del testo approvato dalla Camera dei deputati presentato poi al Senato e da quest'ultimo mantenuto e ricollocato all'art. 6 del disegno di legge (infatti questo articolo prevedeva in modo generale che i benefici – tra i quali era compreso anche il differimento dell'esecuzione della pena – non dovevano essere applicati nei confronti di coloro la cui potestà sui figli fosse decaduta in base all'art. 330 del codice civile e nell'ipotesi in cui tale decadenza fosse giunta nel corso dell'esecuzione della misura, quest'ultima sarebbe stata oggetto di revoca immediata). V. Atti parlamentari, Camera dei deputati, XIII Legislatura, *Resoconto stenografico dell'Assemblea del 26 febbraio 2001*, pag. 14

periodo della concessione. La non comprensione di una tale disciplina si appoggiava sul fatto che nel caso indicato nell'art. 1 comma 1 si trattava di una violazione di ordine civilistico sicuramente meno grave dei reati presi in considerazione all'art. 7, in quanto per questi vi era anche abbinata la pena accessoria di sospensione o decadenza della potestà genitoriale¹⁶⁹.

Durante la discussione in Aula del 26-02-2001 il deputato Marotta dispose che tra l'art. 1 comma 1 e l'art. 7 del disegno di legge non vi era alcuna contraddizione. Egli sosteneva che l'art. 7 non si applicasse nei casi in cui il reato fosse stato commesso in danno dei figli¹⁷⁰. Il Senato aveva inserito la disciplina contenuta nell'art. 7 allo scopo di consentire un rapporto tra madre detenuta e figlio quando la donna fosse stata condannata per reati per cui si prevedevano anche pene accessorie come la decadenza e la sospensione della potestà genitoriale (es. l'ergastolo oppure la condanna ad una pena di reclusione non inferiore a cinque anni nei quali si aveva rispettivamente la decadenza e la sospensione dell'esercizio della potestà genitoriale - art. 32 comma 2 e 3 c.p. -), i quali però risultavano estranei alla violazione degli obblighi o doveri dei genitori e non a danno dei figli. Quindi la previsione della sospensione della pena accessoria, avente per oggetto la decadenza o la sospensione della potestà genitoriale, per tutta la durata della concessione del beneficio non poteva avere luogo nei confronti di donne che avessero compiuto reati la cui perdita o sospensione della potestà genitoriale fosse

¹⁶⁹ V. Atti parlamentari, Camera dei deputati, XIII Legislatura, *Resoconto stenografico dell'Assemblea del 26 febbraio 2001*, pag. 13

¹⁷⁰ V. Atti parlamentari, Camera dei deputati, XIII Legislatura, *Resoconto stenografico dell'Assemblea del 26 febbraio 2001*, pag. 15

derivata da abusi o violazioni della potestà stessa a danno dei figli¹⁷¹: infatti se l'art. 7 della l. 40/2001 avesse avuto applicazione anche in questi reati si sarebbe palesata quella contraddittorietà sollevata dalla I Commissione in quanto i benefici contemplati dalla legge stessa si sarebbero concessi a chi era stato condannato per reati aventi per oggetto atti compiuti in pregiudizio dei figli o di minori e ad escludere invece chi aveva perso la potestà genitoriale per aver violato degli obblighi o doveri previsti civilmente nei confronti dei figli (art. 6 della l.40/2001) senza che il tribunale di sorveglianza potesse giungere ad una valutazione diversa da quella del giudice civile¹⁷².

L'art. 146 comma 1 c.p., nelle ipotesi indicate al nn. 1 e 2, è stato oggetto di illegittimità costituzionale decisa dalla Corte costituzionale con la **sentenza n. 145/2009**. Il 27-12-2007 il Magistrato di sorveglianza di Venezia aveva riconosciuto nei confronti della condannata l'applicazione provvisoria del differimento obbligatorio in quanto, risultando incinta, sussistevano i presupposti per ritenere che vi sarebbe stata la concessione definitiva del beneficio da parte del tribunale di sorveglianza (in virtù di quanto disposto dall'art. 684 comma 2 c.p.p.). Il 10-06-2008 il Tribunale di sorveglianza di Venezia con ordinanza n. 325 si pronunciò invece contrario a confermare il provvedimento che il magistrato di sorveglianza aveva assunto nonostante ci fossero le condizioni per applicare la disciplina prevista dall'art. 146 c.p. (la donna nel frattempo aveva anche partorito e quindi sarebbe così rientrata nell'ipotesi n. 2 dell'art. 146 comma 1 c.p.). Si trattava

¹⁷¹ L'art. 7 della l. 40/2001 non trovava applicazione quando la decadenza o la sospensione della potestà genitoriale era derivata da reati come l'incesto, delitti contro la libertà sessuale o contro lo stato di famiglia, impiego di minori all'accattonaggio. In tal senso v. L. Cesaris, *op. cit.*, pag. 555

¹⁷² V. L. Cesaris, *op. cit.*, pag. 555

di una nomade che aveva riportato numerose condanne per reati compiuti in passato e anche durante il periodo in cui le era stato concesso provvisoriamente il differimento dell'esecuzione della pena da parte del magistrato di sorveglianza per cui il Tribunale di sorveglianza di Venezia riteneva più opportuna per la donna in questione, l'esecuzione della pena in carcere e non l'applicazione del rinvio obbligatorio che avrebbe sicuramente usato per commettere illeciti posto che nonostante vi fosse già stata in precedenza la nascita di due figli (uno nel 2005 e uno nel 2006) lei aveva continuato comunque a delinquere¹⁷³. La donna aveva usufruito e continuava ad avere diritto ad un trattamento privilegiato in quanto nella commissione di questi illeciti risultava essere incinta o madre di bambini che si trovavano in tenera età, cioè in ipotesi nelle quali trovava applicazione l'art. 146 c.p.: si vedeva così concessa una sorta di impunità indeterminata¹⁷⁴. Le forze dell'ordine sulla donna oggetto dell'ordinanza pronunciarono la seguente descrizione: è *“una nomade di spiccata pericolosità sociale, che ha fatto del crimine l'unica forma di sostentamento, è priva di fissa dimora, e presenta attitudine non comune alla «mobilità»”*¹⁷⁵. Il Tribunale di sorveglianza di Venezia sosteneva l'inattuabilità della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47 *ter* comma 1 *ter*¹⁷⁶ in quanto non eliminava il pericolo che la detenuta potesse compiere nuovi reati e inoltre la non concessione della stessa era giustificata anche dalla

¹⁷³ V. Corte Cost., sent. n. 145/2009, in *Giur. Cost.* 2009 vol. 2, pag. 1573

¹⁷⁴ Il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena non era più una misura che trovava applicazione eccezionale ma diveniva nei riguardi di queste donne nomadi una regola. Esse si facevano scudo di questa misura (la quale risultava essere l'unica da poter applicare poiché la nomade, non indicando un domicilio, non poteva essere posta in detenzione domiciliare) per poter compiere reati senza poi essere oggetto della relativa esecuzione della pena in quanto rientranti nelle ipotesi indicate all'art. 146 comma 1 nn. 1 e 2 c.p. V. Tribunale di sorveglianza di Venezia, ord. 10 giugno 2008, in *Il corriere del merito*, n. 1/2009 pag. 61

¹⁷⁵ V. ordinanza n. 325 dell'13 maggio-10 giugno 2008, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.44 del 22-10-2008)

¹⁷⁶ V. paragrafo II di questo capitolo pag. 133 ss.

manca l'indicazione della donna del domicilio, presupposto indispensabile per l'applicazione di questa misura. Di conseguenza il tribunale di sorveglianza riteneva impossibile, in tale fattispecie, non ricorrere all'applicazione del rinvio dell'esecuzione della pena posto che nell'art. 146 comma 1 n. 2 c.p. si utilizzava non l'inciso "l'esecuzione può essere differita" ma "l'esecuzione è differita"¹⁷⁷.

Il giudice rimettente, tuttavia, asseriva che l'art. 146 comma 1 n. 2 c.p. fosse in contrasto con alcuni principi costituzionali come:

- art. 3 Cost.: l'applicazione automatica dell'art. 146 c.p. (cioè senza che questa venisse basata anche su una valutazione riguardo il perseguimento da parte della persona condannata delle finalità della pena, dell'individualizzazione e della proporzionalità del trattamento) portava ad applicare lo stesso beneficio a donne che potevano avere un differente grado di pericolosità sociale o livello rieducativo o di risocializzazione. Nei riguardi delle prime due ipotesi previste dall'art. 146 c.p. non è consentito, laddove vi fossero esigenze di sicurezza e la detenzione domiciliare prevista dall'art. 47 *ter* comma 1 *ter* o.p. non fosse applicabile, poter verificare se la carcerazione della madre possa risultare dannosa e contraria al senso di umanità e se la scarcerazione di quest'ultima possa realmente offrire quella tutela a cui il differimento obbligatorio è volto determinando, secondo il giudice *a quo*, una violazione al principio di ragionevolezza. Il Tribunale di sorveglianza di Venezia ravvisava anche una diversità in sede cautelare e in quella esecutiva nelle ipotesi di donna incinta o di madre di prole di età inferiore ad un anno in quanto nella prima si consentiva al giudice cautelare la possibilità di

¹⁷⁷ V. Tribunale di sorveglianza di Venezia, ord. 10 giugno 2008, in *Il corriere del merito*, n. 1/2009 pag. 60

disporre la custodia cautelare in carcere nel caso in cui vi fossero “esigenze cautelari di eccezionale rilevanza” (art. 275 comma 4 c.p.p.) mentre nella seconda, anche se in presenza di stesse esigenze di sicurezza, al tribunale di sorveglianza ciò non era riconosciuto ma anzi tali necessità venivano subordinate di fronte alla tutela della maternità e dell’infanzia. Infine il giudice rimettente ravvisava diversità anche in altri ambiti nei quali sosteneva che vi fosse da parte del legislatore una maggiore attenzione alla sicurezza e alla tutela della collettività come ad esempio nel caso di divieto di espulsione di donna incinta o nei sei mesi successivi al parto (art. 19 del decreto legislativo n. 286/1998) dove una tale protezione veniva meno laddove vi fosse necessità di tutela e di sicurezza dello Stato.¹⁷⁸

- art. 27 comma 3 Cost.: la sicura applicazione del differimento dell’esecuzione della pena andava a vanificare la prevenzione generale, la difesa sociale e la finalità retributiva-afflittiva della pena poiché quest’ultima, non trovando applicazione per un tempo indeterminato per i motivi detti sopra, non costituiva più un deterrente per la condannata comportando così l’impunità dell’illecito.¹⁷⁹

- art. 30 Cost.: la gravidanza o l’essere madre di un figlio di età inferiore ad un anno veniva impiegata dalla donna come uno “strumento” per sottrarsi all’esecuzione della condanna.¹⁸⁰

Per tali motivazioni con l’ordinanza n. 325/2008 il Tribunale di sorveglianza di Venezia arrivò a dichiarare “*rilevante ai fini del giudizio e non manifestamente*

¹⁷⁸ Cfr. Tribunale di sorveglianza di Venezia, ord. 10 giugno 2008, in *Il corriere del merito*, n. 1/2009 pag. 62-63

¹⁷⁹ Cfr. Tribunale di sorveglianza di Venezia, ord. 10 giugno 2008, in *Il corriere del merito*, n. 1/2009 pag. 61

¹⁸⁰ Cfr. Tribunale di sorveglianza di Venezia, ord. 10 giugno 2008, in *Il corriere del merito*, n. 1/2009 pag. 63

*infondata la questione della legittimità costituzionale dell'art. 146 comma 1 n. 2 c.p. in riferimento agli articoli 3, 27, terzo comma, e 30 Cost, nella parte in cui non prevede che il giudice possa negare il differimento quando lo ritenga non adeguato alle finalità previste dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione e la detenzione domiciliare non sia idonea a prevenire il pericolo di recidiva, sempre che l'espiazione della pena possa avvenire senza pregiudizio per le esigenze tutelate dalla norma*¹⁸¹ disponendo così la sospensione del procedimento e la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Di posizione opposta al giudice rimettente fu il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura di Stato, il quale ritenne la questione oggetto dell'ordinanza manifestamente infondata. Tale affermazione trovava giustificazione nell'art. 146 comma 2 c.p. Infatti l'Avvocatura di Stato sosteneva che fossero previsti in tale comma i motivi che portavano alla non concessione ovvero alla revoca del differimento obbligatorio se già applicato. Queste ipotesi erano la decadenza della potestà di genitore della madre ai sensi dell'art. 330 c.c., la morte, l'abbandono o l'affidamento ad altri del figlio purché l'interruzione della gravidanza o il parto fossero avvenuti già da due mesi. Nella fattispecie oggetto dell'ordinanza, secondo l'Avvocatura, risultava esistere già un motivo per non concedere alla nomade il rinvio previsto dall'art. 146 c.p.: la decadenza della potestà genitoriale ai sensi dell'art. 330 c.c.¹⁸² Infine grazie alla disciplina indicata al comma 2 dell'art. 146 c.p. si assicurava pieno equilibrio e

¹⁸¹ V. Tribunale di sorveglianza di Venezia, ord. 10 giugno 2008, in *Il corriere del merito*, n. 1/2009 pag. 63

¹⁸² V. Corte Cost., sent. n. 145/2009, in *Giur. cost.* 2009 vol. 2, pag. 1575

coordinamento tra la tutela del rapporto madre-figlio, gli interessi di quest'ultimo e l'esigenza di sicurezza garantita dall'esecuzione penale¹⁸³.

La Corte costituzionale ha sostenuto che la disciplina posta dall'art. 146 c.p. nelle ipotesi nn. 1 e 2 era nata per offrire una protezione nei riguardi della donna incinta affinché potesse affrontare la gravidanza in piena tranquillità e della madre avente un figlio di età inferiore ad un anno perché quest'ultimo potesse crescere in un ambiente sereno, familiare e con l'affetto della madre: tutto questo doveva prevalere al principio di esecuzione immediata della sentenza¹⁸⁴.

La Corte ha ritenuto che non fossero lesi quei principi costituzionali a cui il giudice rimettente faceva riferimento nell'ordinanza contenente la questione di legittimità. Riguardo al contrasto con il principio di uguaglianza sancito all'art. 3, la Corte costituzionale ha sottolineato che la disciplina prevista per la custodia cautelare non doveva essere rapportata a quella riguardante il differimento obbligatorio perché vi era una divergenza della funzione della pena e della custodia cautelare¹⁸⁵. Ha dichiarato poi che il divieto di espulsione di una donna incinta o nei sei mesi successivi al parto (il quale subiva deroga di fronte a necessità di ordine pubblico e

¹⁸³ V. Corte Cost., sent. n. 145/2009, in *Giur. cost.* 2009 vol. 2, pag. 1575

¹⁸⁴ V. Corte Cost., sent. n. 145/2009, in *Giur. cost.* 2009 vol. 2, pag. 1577

¹⁸⁵ Questa affermazione trovava espressione già nella sent. n. 25/1979 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 146 comma 1 n. 2 c.p. sollevata dal Tribunale di Firenze nella parte in cui non consentiva che il rinvio obbligatorio fosse previsto nei confronti anche di quelle donne con prole di età inferiore a sei mesi quanto queste fossero sottoposte a custodia cautelare in carcere. La Corte giunse ad una tale conclusione ritenendo che la custodia cautelare e la pena detentiva avessero funzioni diverse: nella prima era consentito al giudice poter disporre con decreto motivato (il quale poteva essere revocato con una motivazione) una sospensione dell'esecuzione mentre l'esecuzione della pena era volta a garantire la certezza della pena la quale doveva costituire un deterrente nella commissione di nuovi reati per cui in questo secondo caso solo il legislatore poteva intervenire ad indicare i casi in cui si poteva concedere una certa discrezionalità del giudice e quelli in cui si stabiliva una disciplina da applicare e per la quale non si ammetteva nessun intervento diverso da parte di quest'ultimo. V. Corte Cost., sent. n. 25/1979, in www.giurcost.org

sicurezza dello Stato) non fosse un ambito da prendere in considerazione in quanto non risultava essere una misura restrittiva della libertà personale.¹⁸⁶

La Corte ha sostenuto che non vi fosse alcuna violazione dell'art. 27 comma 3 Cost. in quanto con il rinvio obbligatorio previsto dall'art. 146 comma 1 c.p. lo Stato non rinunciava per sempre all'attuazione della potestà punitiva ma si concedeva solo una traslazione dell'inizio dell'esecuzione della pena e inoltre il problema non era l'istituto del differimento ma semmai la mancanza di misure e strumenti volti ad evitare che la detenuta, in fase di libertà, potesse andare a commettere nuovi reati¹⁸⁷. Infine l'art. 30 Cost. non era violato in quanto di fronte all'idea del Tribunale di sorveglianza di Venezia che la gravidanza o il fatto di essere madre di un bambino di età inferiore ad un anno potesse essere usato dalla condannata come "strumento" per consentirsi l'impunità, la Corte costituzionale rispondeva che a quest'ultima poteva non essere riconosciuto il beneficio del rinvio obbligatorio posto che la sua continua propensione alla commissione dei reati senza alcun riguardo ai bisogni del figlio avrebbe sicuramente costituito motivo per poterla dichiarare decaduta dalla potestà genitoriale in base all'art. 330 c.c.¹⁸⁸

Sulla base di queste considerazioni la Corte costituzionale, con la sentenza n. 145/2009, ha dichiarato manifestamente infondato la questione di non legittimità costituzionale dell'art. 146 comma 1 nn. 1 e 2¹⁸⁹ posta in riferimento agli artt. 3, 27 comma 3 e 30 della Costituzione.

¹⁸⁶ V. Corte Cost., sent. n. 145/2009, in *Giur. cost.* 2009 vol. 2, pag. 1578

¹⁸⁷ La mancanza di misure preventive volte a garantire sicurezza doveva essere attribuita al legislatore e questa assenza non poteva di sicuro andare a compromettere la tutela della maternità e il rapporto di filiazione. In tal senso v. Corte Cost., sent. n. 145/2009, in *Giur. cost.* 2009 vol. 2, pag. 1578

¹⁸⁸ V. Corte Cost., sent. n. 145/2009, in *Giur. cost.* 2009 vol. 2, pag. 1578-1579

¹⁸⁹ La Corte costituzionale estese la non fondatezza anche all'ipotesi di donna incinta indicata al n. 1 dell'art. 146 comma 1 c.p. in quanto la sentenza n. 145/2009 riuniva in sé sia la decisione dell'ordinanza n. 325 che quella dell'ordinanze n. 403, 404 e 405 sollevate l'11 agosto 2008 sempre dal Tribunale di sorveglianza di

Di recente l'art. 146 comma 2 c.p. è stato oggetto di un intervento da parte del decreto legislativo del 28-12-2013 n. 154 che, con l'art. 93 comma 1 lettera g), ha sostituito il termine "potestà" con "*responsabilità genitoriale*"¹⁹⁰.

1.1.2 Persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria o da altra malattia particolarmente grave (art. 146 comma 1 n. 3 c.p.)

L'inserimento nell'art. 146 comma 1 c.p. di una terza ipotesi riguardante il trattamento dei detenuti affetti da infezione HIV fu il risultato di un lungo *iter* legislativo che ebbe inizio con il d.l. 13-07-1992 n. 335 a cui poi seguirono il d. l. dell'11-09-1992 n. 374, del 12-11-1992 n. 431, del 12-01-1993 n. 3 e infine del 13-03-1993 n. 60 che come il primo non trovarono conversione in legge per decorrenza dei termini¹⁹¹. Finalmente con l'art. 2 del **d. l. del 14-05-1993 n. 139**, poi convertito dalla **l. il 14-07-1993 n. 222**, si ebbe l'inserimento di questa nuova ipotesi nell'art. 146 comma 1 c.p. che stabiliva il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena

Venezia. Queste tre ordinanze sostanzialmente riproducevano situazioni analoghe a quella contenuta nell'ordinanza n. 325 del 10 giugno 2008. V. ordinanze nn. 403, 404 e 405 dell'11 Agosto 2008, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n. 52 del 17-12-2008)

¹⁹⁰ Modifica che è entrata in vigore il 7 Febbraio 2014. V. decreto legislativo del 28-12-2013 n. 154 in *Gazzetta ufficiale, serie generale* (n. 5 del 8-01-2014)

¹⁹¹ Il problema dell'Aids in carcere era una questione che creava da tempo preoccupazione. L'Aids venne ufficialmente inserita tra le malattie infettive e diffuse con il decreto ministeriale del 28-11-1986. Con la legge n. 135 del 5 giugno 1990 all'art. 5 comma 3 si stabiliva che nessuno potesse essere sottoposto a test per verificare la presenza di una tale infezione senza che la persona avesse dato il suo consenso, derogabile solo laddove vi fossero "motivi di necessità clinica, nel suo interesse" e al comma 5 che la eventuale presenza di HIV non doveva essere motivo di discriminazione nell'ambito scolastico, sportivo e del lavoro. Questa legge però si riferiva alla collettività in generale senza fare una distinzione con le persone affette da tale infezione che però si trovavano in carcere: anche per quest'ultime il test non risultava essere obbligatorio ma praticabile solo dietro consenso salvo che, come detto sopra, non ci fossero necessità cliniche. In carcere infatti si riteneva che vi fosse una maggiore possibilità di un contagio dato le peculiari condizioni igieniche e la quantità di persone che vi si trovavano all'interno, inoltre, nonostante i divieti, avvenivano anche rapporti omosessuali, scambi di siringhe infettate e pratica di tatuaggi. Di fronte ad un tale fenomeno la tendenza fu in quel periodo di limitare la custodia cautelare in carcere o di ricorrere al differimento dell'esecuzione della pena di coloro che erano affetti da HIV: ci fu una sorta di sfollamento del carcere. In seguito alla l. n. 135/1991 si ebbero questi cinque decreti legge (lo screening obbligatorio venne previsto con il d.l. n. 431/1992 per poi essere attenuato dal d.l. n. 3/1993 il quale prevedeva che il test avvenisse dietro consenso del detenuto salvo in determinati casi. La normativa prevista in quest'ultimo decreto legge venne ripresa dal d.l. n. 60/1993 per poi essere rimossa nel d.l. n. 139/1993 il quale prevedeva la sperimentazione di un programma di screening per HIV in forma anonima). V. E. Fassone *Corte costituzionale e Aids: una conclusione infelice ma inevitabile*, in *Leg. pen.* 1996, pag. 277-278

detentiva “*nei confronti di persona affetta da infezione HIV nei casi di incompatibilità con lo stato di detenzione ai sensi dell’art. 286 bis comma 1, del codice di procedura penale*”¹⁹². L’art. 286 bis comma 1 c.p.p., menzionato all’art. 146 comma 1 n. 3 c.p., disciplinava i divieti della custodia cautelare per chi fosse affetto da infezione HIV e vi fossero situazioni di incompatibilità (indicate dal d.m. 25 maggio 1993)¹⁹³ con la detenzione carceraria. Anche questo articolo era stato introdotto nel codice di procedura penale, dopo un lungo percorso normativo, con l’art. 1 del d.l. n. 139/1993. Il comma 1 dell’art. 286 bis c.p.p. prevedeva un incompatibilità assoluta alla custodia cautelare in carcere qualora l’imputato fosse stato affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria mentre negli altri casi l’incompatibilità per infezione da HIV sarebbe stata relativa cioè lasciata alla discrezionalità del giudice (valutazione che veniva basata sul periodo residuo della custodia cautelare e sul grado di incidenza della salute dell’imputato sulla sua pericolosità sociale). L’art. 146 comma 1 c.p. facendo riferimento nell’ipotesi n. 3 all’art. 286 bis comma 1 c.p.p. stabiliva l’applicazione del rinvio obbligatorio nei casi sia di incompatibilità assoluta che di incompatibilità relativa in esso previsti.¹⁹⁴ Con l’art. 146 comma 1 n. 3 c.p. il legislatore aveva creato per i detenuti affetti da infezione HIV una incompatibilità carceraria assoluta: si trattava di una sorta di

¹⁹² In origine, prima dell’abrogazione della pena di morte da parte del d.d.l. n. 224 del 10 agosto 1944, all’art. 146 comma 1 n. 3 c.p., il Codice Rocco prevedeva la concessione del rinvio obbligatorio dell’esecuzione della pena per il condannato a pena di morte che avesse fatto richiesta di grazia. V. *supra* in Capitolo I, paragrafo II, pag. 23

¹⁹³ Questo decreto ministeriale posto dal Ministro della sanità di concerto con il Ministro di Grazia e Giustizia definiva i casi di AIDS conclamata e di grave deficienza immunitaria per poter consentire le dichiarazioni di incompatibilità. Per le definizioni v. d.m. 25 maggio 1993 in *Gazzetta Ufficiale, serie generale (n. 130 del 5-06-1993)*. Tale decreto poi verrà modificato dal d.m. del 21 ottobre del 1999 in tal senso v. d.m. 21 ottobre 1999, in *Gazzetta Ufficiale, serie generale (n.299 del 22-12-1999)* per poi essere a sua volta emendato dal d.m. del 7 maggio 2001 V. nota n. 222

¹⁹⁴ V. Castaldo, *AIDS e carcere: la soluzione italiana*, in *Ind. pen.* 1994, pag. 482

impunità indeterminata e posto che non vi era possibilità di guarigione l'esecuzione della pena in carcere poteva essere ripristinata solo in caso di un errore clinico.¹⁹⁵

Questo autonomismo riguardo la concessione del beneficio a condannati affetti da HIV creò delle critiche in quanto non veniva tenuto di conto di volta in volta se tale infezione in quella situazione potesse essere compatibile o meno alla detenzione: questa previsione normativa non era idonea ad eliminare la pericolosità di tali soggetti in quanto essendo consapevoli di non incorrere, per la loro condizione di salute, ad alcuna pena continuavano a compiere illeciti¹⁹⁶.

Inizialmente vennero sollevate dal Tribunale di sorveglianza di Torino e di Perugia otto ordinanze aventi per oggetto la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. come modificato dal d.l. n. 431 del 12-11-1992 ovvero dal d.l. n. 3 del 12-01-1993 perché ritenevano che la parte in cui si disponeva il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena detentiva per i soggetti che si trovassero affetti da infezione da HIV nei casi stabiliti dall'art. 286 *bis* primo comma c.p.p. fosse in contrasto con l'art. 2 (il trattamento che si prevedeva per questa categoria di detenuti avrebbe comportato una minore attenzione verso la tutela della collettività in quanto la garanzia dei loro diritti inviolabili sarebbe risultata compromessa a causa della mancanza di misure che costituissero un deterrente alla commissione di nuovi reati), l'art. 3 (si aveva una discriminazione irragionevole tra

¹⁹⁵ V. S. Cirignotta, *Infezione da HIV e incompatibilità con la detenzione*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 4 del 1995, pag. 503. Conforme è la sentenza della Cass. sez. I 5 aprile 1994, Ponzio, in *Cass. pen. 1994*, pag. 3004 dove si ribadiva l'automatismo nell'attuazione del beneficio in presenza dall'infezione HIV incompatibile con lo stato detentivo, inoltre qualsiasi comportamento che il condannato avesse posto in essere dopo concessione del rinvio non avrebbe causato la revoca di quest'ultimo (questa era possibile solo nel caso in cui fosse venuto meno il presupposto per cui era stato riconosciuto).

¹⁹⁶ Vi erano numerosi illeciti compiuti in quel periodo da persone affette da HIV che usavano questa infezione come una sorta di "immunità" dall'esecuzione della pena (es. la Banda dell'AIDS, tre persone che compivano rapine nelle banche e che, grazie alla loro malattia, venivano sempre rimessi in libertà). V. G. Lattanzi *Il trattamento penale delle persone affette da HIV/AIDS: aspetti critici e proposte di riforma*, in *Dir. pen. e proc.* n. 11/1995, pag. 1341

chi era affetto da HIV e chi presentava una malattia che non era HIV ma che risultava essere come quest'ultima "grave, irreversibile e ingravescente", come patologie di tipo neoplastico o di tipo cronico - es. malattia diabetica-), gli artt. 27 comma 3 e 32 comma 1 (l'HIV si trattava di una infezione dinamica e variabile come constatato dagli studi medico-scientifici per cui la sua incompatibilità con la detenzione doveva essere valutata di volta in volta al fine sia di impedire ogni trattamento detentivo che potesse essere contrario al senso umano sia di non ledere il diritto fondamentale alla salute) e l'art. 111 (in quanto veniva meno il compito della magistratura di sorveglianza a provvedere un bilanciamento tra il diritto dello Stato a dare esecuzione alla pena detentiva e il diritto del condannato ad ottenere il rinvio della stessa) della Costituzione¹⁹⁷.

La Corte costituzionale, con **ordinanza n. 292 del 24-06-1993**, giunse a dichiarare l'inammissibilità della questione oggetto di queste ordinanze in quanto il d.l. n. 431 del 12-11-1992 e il d.l. n. 3 del 12-01-1993 non erano stati convertiti in legge entro il termine indicato. In sintesi la Corte non espresse alcuna osservazione su quanto messo in evidenza, attraverso queste ordinanze, dai Tribunali di sorveglianza di Torino e Perugia, limitandosi a stabilire l'inammissibilità della istanza in quanto

¹⁹⁷ Il giudice rimettente asseriva che questi principi costituzionali non risultavano essere violati quando la disciplina dei detenuti affetti da HIV era disposta dall'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. il quale prevedeva l'attuazione del rinvio facoltativo, che era lasciato alla valutazione del tribunale di sorveglianza, nei confronti dei condannati che fossero oggetto di una grave infermità fisica inoltre affermava che l'introduzione di questa ipotesi nella normativa del differimento obbligatorio accanto a quella della donna incinta e della madre di prole di età inferiore a sei mesi portava ad applicare la stessa disciplina a situazioni diverse posto che per quest'ultime due fattispecie si stabiliva una sospensione che aveva una durata determinata mentre per l'ipotesi n. 3 introdotta nell'art. 146 comma 1 c.p. vi era una sostanziale rinuncia della pretesa punitiva. In tal senso v. ordinanze nn. 144, 145, 146 sollevate dal Tribunale di sorveglianza di Torino il 15 dicembre 1992 in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte costituzionale (n.15 del 7-4-1993)*; nn. 181, 182, 183 e 184 sollevate da Tribunale di sorveglianza di Torino il 22 dicembre del 1992 in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte costituzionale (n.18 del 28-4-1993)* e l'ordinanza n. 164 posta il 14 gennaio 1993 disposta dal Tribunale di sorveglianza di Perugia, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte costituzionale (n.15 del 7-4-1993)*

basata su una norma aggiunta da decreti leggi che non erano stati poi oggetto di conversione.

La Corte costituzionale si pronunciò nel merito della questione solo con la **sentenza n. 70 del 3-03-1994**. Questa decisione fu presa in risposta alle ordinanze che vennero sollevate dal Tribunale di sorveglianza di Torino il 22-12-1992 nn. 633, 634 e 635; il 15-12-1992 nn. 636, 647, 638 e 639 e infine il 24-08-1993 nn. 689, 690 e 691.

Le ordinanze sollevate il 15-12-1992 e il 22-12-1992 asserivano l'illegittimità dell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. come modificato dal d.l. 12-11-1992, n. 431 in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost. nella parte in cui prevedeva il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena per i soggetti affetti da infezione HIV nei casi previsti dall'art. 286 *bis* comma 1 c.p.p., mentre le ordinanze disposte il 24-08-1993 stabilivano la stessa eccezione riguardo all'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. emendato però dall'art. 1 della legge 14-07-1993 n. 222 (che aveva convertito il d.l. 14-05-1993 n. 139) in riferimento oltre agli artt. 2 e 3 della Costituzione anche in relazione agli artt. 27 comma 3, 32 comma 1 e 111 della Costituzione. Il giudice *a quo* giustificava le violazioni di questi principi costituzionali con le stesse spiegazioni che avevano accompagnato i provvedimenti su cui la Corte costituzionale aveva deciso con ordinanza n. 292/1993¹⁹⁸.

La Corte costituzionale disponeva che a fondamento di una tale normativa vi fosse l'intenzione del legislatore di garantire la tutela del diritto alla salute cioè “*porre*

¹⁹⁸ V. ordinanze nn. 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639 sollevate dal Tribunale di sorveglianza di Torino il 15 e il 22 dicembre del 1992 (rispettivamente ordinanza da 633-635 e da 636 a 639) in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte costituzionale* (n.43 del 20-10-1993) e ordinanze nn. 689, 690 e 691 sollevate dal Tribunale di sorveglianza di Torino il 24 agosto 1993, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte costituzionale* (n.47 del 17-11-1993)

rimedio a «situazioni di estrema drammaticità», quali sono quelle che scaturiscono dalla particolare rilevanza che il problema della infezione da HIV riveste all'interno della popolazione carceraria, «essendo il carcere un luogo in cui si trova concentrato un alto numero di soggetti a rischio»¹⁹⁹. La Corte riteneva che il differimento dell'esecuzione della pena detentiva non fosse posto a discapito della tutela della sicurezza collettiva (in quanto se fosse stato così sarebbe venuta meno la finalità rieducativa attribuita all'esecuzione della pena e quindi al rinvio per lasciare il posto alla funzione di prevenzione generale e difesa sociale) ma semmai il problema sarebbe stato nella mancanza di misure che impedissero al detenuto affetto da HIV, una volta libero, di compiere nuovi illeciti (questa carenza di strumenti volti a tale scopo non poteva comportare un restringimento della tutela alla salute, inoltre la Corte costituzionale sollecitava il legislatore a provvedere ad una tale assenza) e che il beneficio riconosciuto all'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. non comportasse alcuna diversità di trattamento tra chi fosse stato affetto da HIV e chi avesse presentato altre malattie a causa dei particolari connotati che caratterizzano questa infezione.²⁰⁰ Non si aveva alcuna violazione, secondo la Corte costituzionale, degli artt. 27 comma 3 e 32 comma 1 della Costituzione in quanto la disciplina disposta nei riguardi di detenuti affetti da AIDS più che essere rivolta alla tutela della salute del singolo poneva maggiormente attenzione a quella della realtà carceraria e l'incompatibilità normativa con la condizione del detenuto era volta ad evitare che l'esecuzione immediata della pena potesse portare pregiudizio ad altre persone²⁰¹. Infine anche l'art. 111 della Costituzione non sarebbe stato leso

¹⁹⁹ V. Corte Cost., sent. n. 70/1994, in *Giur. cost.* 1994 Vol. I, pag. 755-756

²⁰⁰ V. Corte Cost., sent. n. 70/1994, in *Giur. cost.* 1994 Vol. I, pag. 756-757

²⁰¹ V. Corte Cost., sent. n. 70/1994, in *Giur. cost.* 1994 Vol. I, pag. 757

posto che anche se alla magistratura di sorveglianza non fosse stato concesso alcuna discrezionale valutazione delle caratteristiche del caso concreto, in quanto i presupposti risultavano essere prestabiliti dalla legge, ciò non andava ad escludere del tutto da parte sua un controllo giurisdizionale e una motivazione della sua attuazione²⁰².

La Corte Costituzionale, sulla base di queste considerazioni, con la sentenza n. 70/1994 giunse a dichiarare *l'inammissibilità* della illegittimità costituzionale dell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. aggiunto dall'art. 4 del decreto legge 12-11-1992 n. 431 sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Torino con le ordinanze da 633 a 639 del 1993 in riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione in quanto questo decreto non vide conversione in legge e risultava *non fondata* l'illegittimità costituzionale dell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. aggiunto con l'art. 2 del decreto legge 14-05-1993 n. 139 convertito dalla legge 14 Luglio 1993 n. 222 in riferimento agli artt. 2, 3, 27 comma 3, 32 comma 1 e 111 comma 1 della Costituzione.²⁰³

La Corte Costituzionale era così da un lato concorde con quanto disposto dal legislatore all'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. ritenendo che questa normativa non creava una categoria di "intoccabili" ma trovava fondamento nella volontà di voler rimuovere ogni rischio di possibile contagio tra chi era affetto da HIV e gli altri detenuti, dall'altro richiedeva ad esso di provvedere ad introdurre misure che fossero in grado di garantire la sicurezza collettiva.²⁰⁴

²⁰² V. Corte Cost., sent. n. 70/1994, in *Giur. cost.* 1994 Vol. I, pag. 757

²⁰³ V. Corte Cost., sent. n. 70/1994, in *Giur. cost.* 1994 Vol. I, pag. 757-758

²⁰⁴ V. F. Aprile, *Brevi osservazioni sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di trattamento carcerario di persona affetta da sindrome da virus HIV*, in *Cass. pen.* 1996, pag. 2063-2064

Alla stessa conclusione della sentenza n. 70/1994 la Corte giunse anche con le successive **ordinanze nn. 247 del 16-06-1994**²⁰⁵ e **90 del 17-03-1995**²⁰⁶.

In seguito la Corte costituzionale con la sentenza **n. 438 del 18-10-1995**²⁰⁷ si pronunciò di nuovo sull'ennesima ordinanza avente per oggetto la questione sulla legittimità costituzionale dell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p.²⁰⁸ sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Palermo. Il giudice rimettente sosteneva rilevante e non manifestamente infondata l'illegittimità costituzionale della norma in riferimento all'art. 2 (la concessione automatica del rinvio obbligatorio senza alcuna valutazione del caso concreto metteva in pericolo valori come “*la vita, l'incolumità,*

²⁰⁵ Con questa ordinanza la Corte dichiarava inammissibile la questione di legittimità dell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. inserito dall'art. 4 del decreto-legge 12 novembre 1992, n. 431 sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Torino con ordinanza del 15 dicembre 1992 in riferimento agli artt. 2 e 3 comma 1 della Costituzione. In tal senso v. ordinanza n. 809 del 15 dicembre 1992, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale – Corte costituzionale (n.5 del 26-1-199)* e Corte Cost., *sent. n. 247/1994*, in *Giur. Cost.* 1994, pag. 2023 ss.

²⁰⁶ Con questa ordinanza la Corte dichiarava non fondata la questione di legittimità dell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. inserito dall'art. 2 del decreto-legge 14 maggio 1993, n. 139, convertito dalla legge 14 luglio 1993 n. 222 sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Torino con due ordinanze del 12 aprile 1994 in riferimento all'art. 3 della Costituzione (in contrasto con tale presupposto costituzionale si ha in quanto la normativa prevista dall'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. portava alla non applicazione della pena *sine die* e garantiva un'impunità per il reato e per quelli futuri visto l'irreversibilità della malattia andando così a compromettere il sistema). In tal senso v. ordinanze nn. 526 e 527 del 12 aprile 1994 in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale – Corte Costituzionale (n.39 del 21-9-1994)* e Corte Cost., *sent. n. 90/1995*, in *Giur. Cost.* 1995, pag. 780 ss.

²⁰⁷ Oltre a questo provvedimento veniva emanata anche la sentenza n. 439 del 18 ottobre 1995 con cui la Corte costituzionale, in risposta ad una istanza sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Torino il 10 giugno 1995, dichiarò l'art. 286 comma 1 c.p.p. costituzionalmente illegittimo nella parte in cui stabiliva il divieto di custodia cautelare in carcere nei confronti delle persone affette da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, anche quando sussistono le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza di cui all'art. 275, comma 4 c.p.p. (il quale era stato modificato dalla l. n. 332 del 8 agosto 1995 che introduceva il divieto di custodia cautelare a coloro che si trovavano in condizioni di salute particolarmente gravi –come per chi era affetto da AIDS– incompatibili con la detenzione carceraria) e l'applicazione della misura potesse avvenire senza pregiudizio per la salute del soggetto e di quella degli altri detenuti. Anche l'art. 286 *bis* introdotto con l'art. 1 del d.l. n. 139/1993, convertito dalla legge 222/1993, era comunque stato oggetto di provvedimenti aventi per oggetto la questione di legittimità dello stesso, la cui Corte (l'ordinanza n. 435/1993, n. 33/1994, la sentenza n. 210/1994 e l'ordinanza n. 300/1994) però era sempre giunta a dichiarare tale istanza non fondata nella parte in cui sanciva il divieto di applicare la misura della custodia cautelare in carcere nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria fino poi a ribaltare questa tendenza con la sentenza 439/1995. In tal senso v. Cort. cost., *ord. n. 435/1993* in *Giur. cost.* 1993, pag. 3569; Corte Cost., *sent. n. 210/1994*, in *Foro It.* 1995, pag. 46 ss. e Corte Cost., *sent. n. 439/1995*, in *Giur. cost.* 1995, pag. 1554 ss.

²⁰⁸ Il detenuto aveva fatto richiesta di vedersi applicato l'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. o l'art. 147 comma 1 n. 2. In quanto affetto da AIDS aveva ottenuto dal Tribunale di sorveglianza di Palermo la concessione del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena per un anno ma durante quel periodo aveva compiuto il reato di rapina aggravata portando a sostenere che fosse un soggetto ad alto grado di pericolosità sociale e che fosse più logico, nonostante il suo stato di salute, eseguire la pena in carcere. In tal senso v. ordinanza n. 15 del 13 Ottobre 1994 in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale- Corte costituzionale (n. 5 del 1-2-1995)*

il patrimonio e la stessa salute individuale e collettiva”²⁰⁹), art. 3 (il giudice *a quo* parlava di irragionevolezza posto che tale beneficio avrebbe dovuto avere applicazione nei confronti di tutti coloro che sarebbero risultati sieropositivi visto che il rischio della trasmissione dipendeva dalla sieropositività e non “*dallo stadio della malattia o dal numero dei linfociti*”²¹⁰ e quindi non solo a chi era affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria. Diversità vi era anche tra i malati di AIDS che risultavano essere socialmente pericolosi in quanto la sospensione della misura di sicurezza detentiva per motivi di salute non era prevista dal nostro sistema legislativo quindi si disponeva che laddove la pena fosse stata integralmente eseguita, le misure potevano trovare esecuzione mentre in caso contrario, si rendeva impossibile l’applicazione delle stesse²¹¹), art. 27 comma 1 (a questa categoria di detenuti, visto l’irreversibilità della patologia, veniva riconosciuto una sorta di impunità per un tempo probabilmente indeterminato creando in loro la quasi certezza di non dover sottostare all’esecuzione della pena. Veniva così compromessa la difesa sociale e il carattere retributivo-afflittivo della pena cioè la sua capacità di costituire un freno alla commissione di nuovi illeciti) e comma 3 (la finalità di prevenzione sociale e quella rieducativa della pena risultavano essere intaccati posto che, essendo la sua concessione automatica, non veniva preso in considerazione il livello di pericolosità sociale o rieducativo o lo stato di salute del detenuto malato di AIDS) e art. 32 (la tutela della salute

²⁰⁹ Cfr. Corte Cost., *sent. n. 438/1995*, in *Giur. cost.* 1995, pag. 3448

²¹⁰ In tal senso v. ordinanza n. 15 del 13 Ottobre 1994 in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale- Corte costituzionale (n.5 del 1-2-1995)*

²¹¹ V. Corte cost., *sent. n. 308/1994*, in *Foro It.* 1995, pag. 32 ss. con cui si era dichiarato l’inammissibilità di estendere la sospensione alle misure di sicurezza privative della libertà personale quando le condizioni di salute del soggetto risultavano essere incompatibili con lo stato detentivo cioè quando era malato di AIDS conclamata o affetto da grave deficienza immunitaria o da grave infermità.

dell'ambiente carcerario portava all'allontanamento di coloro che risultavano essere affetti da AIDS i quali venivano riportati in libertà e ciò poneva in pericolo il diritto alla salute riconosciuto all'intera collettività, diritto che riguardava un numero maggiore di persone rispetto a quelle che si trovavano in carcere) della Costituzione.²¹²

L'irragionevolezza della disciplina sancita dall'art. 146 comma 1 n. 3 c.p., secondo il giudice *a quo*, derivava anche dal fatto che prima dell'inserimento di questa ipotesi la tutela del condannato affetto da HIV e della salute dell'ambiente carcerario trovava comunque regolamentazione nell'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. e nell'art. 11 o.p. che prevedeva il ricovero presso strutture di cura.²¹³

Infine il Tribunale di sorveglianza di Palermo disponeva che a fondamento della sua istanza di illegittimità della normativa vi fosse anche l'impossibilità di poter procedere ad effettuare valutazioni del caso concreto in modo da constatare se realmente il condannato malato di AIDS fosse in una situazione incompatibile con la detenzione in carcere.²¹⁴

La Corte costituzionale ha ribaltato completamente la decisione che fino ad allora aveva esplicitato con i precedenti provvedimenti. Con la sentenza n. 70/1994 la Corte Costituzionale aveva rigettato le istanze poste in essere dai Tribunali di sorveglianza in quanto confermava l'idea del legislatore che la normativa prevista dall'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. trovasse fondamento nella tutela della salute della

²¹² In tal senso v. ordinanza n. 15 del 13 Ottobre 1994 in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale- Corte costituzionale (n.5 del 1-2-1995)*

²¹³ In tal senso v. ordinanza n. 15 del 13 Ottobre 1994 in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale- Corte costituzionale (n.5 del 1-2-1995)*

²¹⁴ In tal senso v. ordinanza n. 15 del 13 Ottobre 1994 in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale- Corte costituzionale (n.5 del 1-2-1995)*

popolazione carceraria, tuttavia se realmente la garanzia fosse stata rivolta a questa tutela avrebbe dovuto estendere la concessione del benefico a tutti coloro che erano portatori dell'infezione HIV e non solo a coloro che risultavano malati di AIDS conclamata o da una grave deficienza immunitaria in quanto il contagio poteva avvenire anche dai primi: in realtà il riferimento solo a coloro che erano affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria significava che oggetto di protezione non c'era solo la salute della realtà carceraria ma anche quella del condannato. Se realmente la tutela si fosse riferita anche allo stato fisico del condannato l'automatismo che caratterizzava la concessione del rinvio obbligatorio della pena a questa categoria di soggetti non avrebbe trovato più giustificazione poiché la variabilità della malattia avrebbe reso necessario, al fine dell'attuazione del beneficio, la valutazione del caso concreto. Questo cambiamento di tendenza da parte della Corte fu dovuto alla presa di coscienza che il legislatore era risultato inerte alle sollecitazioni che la Corte, con la sentenza n. 70/1994, aveva disposto riguardo l'introduzione di strumenti volti ad impedire la commissione di reati da parte dei detenuti che, essendo affetti da AIDS, avessero goduto della libertà prevista dall'art. 146 comma 1 n. 3 c.p.²¹⁵: molti detenuti che presentavano tale malattia a cui veniva attuato il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena tornavano a commettere reati una volta fuori dal carcere perché sicuri dell'impunità che era a loro garantita da questa normativa.²¹⁶ La Corte avallava

²¹⁵ Infatti i presidi e le misure previste dalla l. n. 135/1990 e la sperimentazione di un programma di screening per HIV in forma anonima negli istituti penitenziari disposta dall'art. 4 del d.l. n. 139/1993 non furono mai attuati dal legislatore. In tal senso v. U. De Siervo, *La Corte cambia opinione in tema di AIDS e regime carcerario* in *Giur. cost.* 1995, pag. 3456

²¹⁶ Questi dati erano stati raccolti dalla Corte costituzionale, la quale con ordinanza istruttoria n. 15 del 2 giugno 1995 aveva richiesto al Ministro di Grazia e Giustizia di comunicargli entro 90 giorni alcune informazioni tra cui anche il numero dei detenuti a cui era stato concesso il rinvio obbligatorio o facoltativo in quanto si trovavano in situazioni previste rispettivamente al n. 3 (affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza

l'irragionevolezza sostenuta dal Tribunale di sorveglianza di Palermo riguardo l'impossibilità di poter consentire al giudice di valutare di volta in volta, al fine di concedere il rinvio obbligatorio, se lo stato di salute del condannato fosse risultato compatibile con lo stato detentivo e se l'espiazione della pena, tenendo conto delle strutture e misure presenti nell'ambito carcerario, fosse potuta avvenire senza alcun danno per gli altri detenuti²¹⁷.

Sulla base di queste motivazioni la Corte costituzionale giunse con la sentenza n. 438/1995 a confermare l'istanza del Tribunale di sorveglianza di Palermo dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. inserito dall'art. 2 del d.l. 14-05-1993 n. 139, convertito dalla legge 14-07-1993, n. 222, nella parte in cui prevedeva che il differimento avesse luogo anche quando l'esecuzione della pena poteva avvenire senza pregiudizio per la salute del soggetto e degli altri detenuti presenti in carcere.²¹⁸

Con questa sentenza si metteva così fine alla concessione automatica del differimento dell'esecuzione della pena nei riguardi dei detenuti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria che era stata introdotta con il d.l. n. 139/1993, convertito poi dalla legge n. 222/1993, richiedendo così al giudice di valutare, caso per caso, la possibile incompatibilità con l'esecuzione carceraria della pena.

Perché questa modifica possa essere inserita nell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. occorrerà attendere la **l. n. 231 del 12 Luglio 1999**. La proposta di legge (di

immunitaria) e al n. 2 (disturbato da una grave infermità fisica) di questi articoli e quanti di loro durante il periodo del rinvio avevano commesso reati. In tal senso v. Corte Cost., *sent. n. 438/1995*, in *Giur. cost.* 1995, pag. 3447-3448

²¹⁷ Cfr. Corte Cost., *sent. n. 438/1995*, in *Giur. cost.* 1995, pag. 3454

²¹⁸ Cfr. Corte Cost., *sent. n. 438/1995*, in *Giur. cost.* 1995, pag. 3454

iniziativa dei deputati Pisapia, Acciarini, Pistone e Saia che venne presentata alla Camera dei deputati il 17-07-1997) conteneva all'art. 5 l'abrogazione dell'ipotesi n. 3 dall'art. 146 comma 1 c.p. che era stato introdotto con il d.l. n. 139/1993, convertito dalla legge n. 222/1993. Tale proposta venne dalla Camera assegnata all'esame della II Commissione (Giustizia) dove alla fine della discussione il relatore Capitelli confermò, durante l'esposizione del testo davanti all'Assemblea, quanto previsto nella proposta di legge riguardo la sorte dell'ipotesi relativa alla concessione del rinvio dell'esecuzione della pena dinanzi a coloro che erano affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria. La relatrice affermava la necessità di sostituire quell'automatismo che aveva caratterizzato la normativa previgente con il ricorso a misure alternative alla detenzione²¹⁹. Abrogazione che venne poi mantenuta e appoggiata anche nel testo finale che la Camera dei deputati presentò il 14-01-1999 al Senato della Repubblica.

Anche il Senato assegnò l'esame del testo alla Commissione di Giustizia. Durante il dibattito Fassone sostenne che gli obiettivi che dovevano essere raggiunti da questa legge, visto l'illegittimità costituzionale che la Corte aveva accolto con la sentenza n. 438/1995, erano togliere l'automatica concessione del rinvio dell'esecuzione della pena a chi fosse affetto da particolari patologie e ogni diversità di trattamento con altre malattie che si presentavano comunque gravissime.²²⁰ Anche il senatore Bonfietti riteneva da un lato che fosse necessario prevedere la scarcerazione quando il condannato avesse condizioni fisiche tali da risultare incompatibile con lo stato detentivo ma dall'altro le situazioni di incompatibilità

²¹⁹ V. Atti parlamentari, Camera dei deputati, XIII Legislatura, *seduta n. 460 dell'11 Gennaio 1999*, pag. 21

²²⁰ V. Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XIII Legislatura, *Resoconto stenografico della seduta del 10 febbraio 1999* pag. 7

non dovevano riguardare solo l'AIDS conclamata o la grave deficienza immunitaria ma dovevano essere estese anche a quelle malattie che come le prime si trovavano in uno stato avanzato ovvero avevano analoga gravità²²¹: questo indirizzo trovò poi conferma nel testo che la commissione presentò al Senato. A differenza del progetto che era stato elaborato dalla Camera, la II commissione del Senato soppresse il comma 1 dell'art. 5 in cui si stabiliva l'abrogazione dell'ipotesi n. 3 contenuta nell'art. 146 comma 1 c.p. e provvide a ripristinarla all'art. 6 con alcune differenze rispetto alla normativa originariamente introdotta con il d.l. n. 139/1993, poi convertito dalla l. 222/1993: il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena detentiva non si concedeva più solo nei riguardi di chi fosse affetto da *“AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate in base all'art. 286 bis comma 2 c.p.p.”*²²²,²²³, ma anche nei confronti di chi avesse *“una malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trova in una fase di malattia così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative”*²²⁴. La relatrice della II commissione Scopelliti affermò che i cambiamenti che la stessa aveva posto al testo presentato dalla Camera dei deputati erano stati

²²¹ V. Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XIII Legislatura, *Resoconto stenografico della seduta del 11 febbraio 1999* pag. 3

²²² Anche l'art. 286 bis c.p.p. aveva subito delle modifiche con la l. n. 231/1999. Nell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. non veniva più menzionato il comma 1 dell'art. 286 bis, in quanto tale comma era stato dalla presente legge abrogato, ma il comma 2 il quale, come modificato dalla l. n. 231/1999, disponeva che con il decreto del Ministro della sanità, da adottare di concerto con il Ministro di Grazia e Giustizia si sarebbe provveduto a definire i casi di AIDS conclamata o di grave deficienza immunitaria. Questo decreto ministeriale avrebbe sostituito il d.m. 25 maggio 1993 V. *supra* nota n. 193

²²³ Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XIII Legislatura, *Relazione della 2° Commissione permanente del 6 aprile 1999*, pag. 15

²²⁴ Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XIII Legislatura, *Relazione della 2° Commissione permanente del 6 aprile 1999*, pag. 15

introdotti al fine di un maggiore coordinamento con la sentenza n. 438/1995²²⁵ emessa dalla Corte costituzionale andando in questo modo a tutelare il diritto alla salute anche a coloro che si erano resi colpevoli di un reato e a garantire la protezione sociale della collettività.²²⁶ Il disegno di legge venne poi passato al vaglio del Senato il quale provvede ad appoggiare la modifica prevista dall'art. 6 riguardo l'ipotesi n. 3 dell'art. 146 comma 1 c.p. come formulata dalla II commissione²²⁷.

Il provvedimento venne poi introdotto di nuovo alla Camera dei deputati il 19-04-1999 dove si prese atto delle correzioni apportate dal Senato dando piena approvazione alle modifiche immesse dall'art. 6.

In sintesi con la l. n. 231/1999 sono state introdotte modifiche riguardo l'ipotesi n. 3 dell'art. 146 comma 1 c.p. che si presentano in linea con quanto la Corte costituzionale aveva disposto con la sentenza n. 438/1995: non vi è più disparità di trattamento in quanto il rinvio obbligatorio è concesso sia nel caso di condannato affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria sia di fronte ad altre malattie particolarmente gravi il cui grado di avanzamento era tale da delinearsi incompatibile con l'espiazione della pena in carcere²²⁸ inoltre non vi è più

²²⁵ La Corte costituzionale nel 1995 emise anche la sentenza n. 439 con la quale però dichiarò l'illegittimità dell'art. 286 *bis* comma 1 c.p.p. V. Corte cost., *sent. n. 439 del 18-10-1995*, in *Giur. Cost.* 1995, pag. 1554 ss.

²²⁶ Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XIII Legislatura, *Resoconto stenografico e sommario della seduta del 8 aprile 1999*, pag. 27

²²⁷ La relatrice Scopelliti propose un emendamento all'art. 146 comma 1 n. 3 che consisteva nel sostituire "della quale" con "delle quali": correzione che venne ritirata. In tal senso v. Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XIII Legislatura, *Resoconto stenografico e sommario della seduta del 14 aprile 1999*, pag. 65

²²⁸ In tal senso in una sentenza della Corte di Cassazione si sottolinea che il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena detentiva nell'ipotesi n. 3 dell'art. 146 comma 1 c.p. per essere concedibile occorrerebbe non solo che il condannato fosse affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria ma che la malattia avesse raggiunto una fase tale da non essere più compatibile con i trattamenti disponibili e terapie. V. Cass. pen. sez. I, 9 agosto 2004 n. 33967 Mulè, in *Riv. pen.* 5/2005, pag. 620

quell'automatismo nell'attuazione del beneficio poiché l'incompatibilità doveva essere dal giudice accertata di volta in volta.

Durante i lavori preparatori della **l. n. 40/2001**, a seguito delle modifiche che la l. n. 231/1999 introdusse all'art. 146 comma 1 n. 3 del codice penale ci furono, oltre a degli emendamenti necessari a coordinare l'ipotesi n. 3 disciplinata dal disegno di legge con quella prevista dalla nuova normativa, degli interventi come ad esempio quello del senatore Preioni (durante l'esame della legge da parte della II commissione in Senato nella seduta del 10-10-2000), il quale proponeva di rimuovere il riferimento dell'AIDS e lasciare invece la dicitura che si riferiva in modo generale alle persone affette da malattie gravi, le quali rendevano incompatibile la loro detenzione in carcere: egli giustificava tale proposta sostenendo che una normativa per durare nel tempo e non essere poi oggetto di successivi interventi dovuti al verificarsi di qualche circostanza, deve essere astratta e generale.²²⁹ Ovviamente l'idea del senatore Preioni non trovò poi attuazione. Infine la senatrice Senese durante un suo intervento in commissione di giustizia l'11-10-2000 rivolse al Governo l'idea di emendare il decreto ministeriale che era stato previsto con la l. n. 231/1999 e che ebbe attuazione il 21-10-1999, in quanto riteneva che quest'ultimo fosse troppo restrittivo andando così a limitare le situazioni di incompatibilità²³⁰: infatti il 7 maggio 2001 trovò attuazione il nuovo decreto ministeriale con oggetto la nuova disciplina delle situazioni di incompatibilità²³¹.

²²⁹ V. Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XIII Legislatura, *Resoconto stenografico dell'Assemblea del 10 ottobre 2000*, pag. 3

²³⁰ V. Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XIII Legislatura, *Resoconto stenografico dell'Assemblea del 11 ottobre 2000*, pag. 7-8

²³¹ V. d.m. 7 maggio 2001, in *Gazzetta Ufficiale, serie generale (n. 244 del 19 ottobre 2001)*

Nel 2009 l'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. è stato di nuovo oggetto di una sentenza della Corte costituzionale posta a seguito di un'ordinanza sollevata il 4-12-2008 dal Tribunale di sorveglianza di Palermo il quale sosteneva l'illegittimità dell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. in quanto laddove la detenzione domiciliare non potesse trovare applicazione si imporrebbe al giudice la concessione del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena detentiva non tenendo conto della pericolosità del condannato²³² e del pregiudizio che ciò potrebbe comportare alla sicurezza della collettività. Questa illegittimità è stata riconosciuta in riferimento all'art. 2 (visto la sua attuale ed elevata pericolosità sociale, la concessione automatica del rinvio obbligatorio sarebbe andata a compromettere la sicurezza della collettività e dei singoli ovvero valori fondamentali come la vita, l'incolumità, il patrimonio e la salute individuale e collettiva), art. 3 (il principio di irragionevolezza era compromesso in quanto il diritto alla sicurezza della collettività e l'effettività della pena risultavano essere subordinati al diritto all'integrità fisica del detenuto e alla salute carceraria e inoltre vi era secondo il giudice rimettente una disparità con l'art. 147 comma 4 c.p. dove si consente la possibilità di non concedere il rinvio facoltativo laddove vi fosse concreto pericolo che il reo sfruttasse quel periodo per la commissione di nuovi reati), art. 27 comma nn. 1 e 3 (in quanto alla pena era tolta la sua funzione di prevenzione generale, speciale e di difesa sociale, la sua finalità

²³² Si trattava infatti di un detenuto che era affetto da AIDS conclamata incompatibile con lo stato detentivo e ad una fase tale da non rispondere più alle terapie. In virtù del combinato tra l'art. 146 c.p. e 47 *ter* comma 1 *ter* o.p. (vedi paragrafo II, pag. 133 ss.), essendo anche per i reati in precedenza compiuti considerato ad alta pericolosità sociale, gli era stato concesso la detenzione domiciliare. Durante tale periodo andò a compiere il reato di evasione, rapina aggravata e si rese irreperibile facendo così venire meno tale misura. Tuttavia dopo essere stato nuovamente arrestato e ripresentandosi lo stesso stato fisco per cui gli era stato concesso la detenzione domiciliare venne rimesso in gioco la concessione del differimento obbligatorio dell'esecuzione della pena posto che il beneficio precedentemente concesso non era risultato idoneo a prevenire la sua pericolosità sociale. V. Ordinanza n. 61 (Atto di promovimento) 4 dicembre - 4 novembre 2008, in *Gazzetta ufficiale serie speciale-Corte costituzionale*, (n.10 del 11-3-2009)

retributiva e rieducativa: infatti perdeva il suo carattere deterrente e intimidatorio nel compimento di nuovi reati da parte dello reo o di altri condannati che si trovano nella sua stessa situazione; si riconosceva una sorta di impunità e infine la possibilità di ottenere il beneficio senza tenere conto del suo comportamento successivo al riconoscimento dello stesso ovvero della sua pericolosità sociale) della Costituzione.²³³ La Corte costituzionale ha disposto che grazie alla sentenza n. 438/1995 l'applicazione del rinvio obbligatorio non era più automatico nei confronti di chi fosse affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria e che sarebbe potuta avvenire anche di fronte ad una malattia particolarmente grave, non individuando più una categoria specifica di soggetti destinatari della misura. Inoltre la Corte ha affermato che l'art. 146 c.p. per trovare attuazione occorreva non solo che il detenuto si trovasse di fronte a tali malattie ma che queste avessero raggiunto una fase terminale da non poter più essere curate mediante strumenti e terapie disponibili secondo le certificazioni sanitarie disposte all'interno o fuori dal carcere.²³⁴ Secondo la Corte costituzionale la nuova normativa prevista nei riguardi dell'ipotesi n. 3 comma 1 dell'art. 146 c.p. pone equilibrio tra il diritto di salute del condannato e la realtà carceraria e tra l'effettività della pena e la sicurezza della collettività: infatti la pericolosità sociale del condannato è tenuta sotto controllo grazie alla possibilità di poter applicare, nelle ipotesi in cui troverebbe attuazione il rinvio, la misura di detenzione domiciliare prevista dall'art. 47 *ter* comma 1 *ter*

²³³ Cfr. Corte Cost., sent. n. 264/2009, in *Giur. cost.* 2009 Vol. 3°, pag. 3756 ss.

²³⁴ Cfr. Corte Cost., sent. n. 264/2009, in *Giur. cost.* 2009 Vol. 3°, pag. 3756 ss. e V. Cass. pen. Sez. I 30 novembre 2010, n. 42276, Gradizzi, in *Riv. pen.* 1/2012, pag. 111 nel quale si sottolinea che nei confronti di chi è affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, il rinvio obbligatorio presuppone che “*la malattia sia giunta ad una fase così avanzata da escludere la rispondenza del soggetto ai trattamenti disponibili o alle terapie curative, e non richiede alcuna valutazione circa la compatibilità o meno della patologia con lo stato di detenzione*”

o.p.²³⁵ Infine la disciplina dell'art. 146 c.p. non può essere messa a confronto con quella dell'art. 147 c.p. in quanto ha per oggetto ipotesi diverse che richiedono una normativa a sua volta differente.²³⁶ Per queste motivazioni la Corte costituzionale con la **sentenza n. 264/2009** ha dichiarato la questione di illegittimità dell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. non fondata.

1.2 Il rinvio facoltativo (art. 147 c.p.): il campo applicativo

Il **rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena**, disciplinato all'art. 147 del codice penale, è applicato *discrezionalmente* dal tribunale di sorveglianza nelle ipotesi tassativamente elencate. Nel codice Rocco le ipotesi in cui l'esecuzione poteva essere differita sono sostanzialmente identiche a quelle previste nell'ordinamento vigente. Ci sono state delle modifiche: alcune hanno portato ad una estensione applicativa del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena (ad esempio nell'ipotesi n. 3 contenuta nel comma 1 dell'art. 147 c.p.) e altre ne hanno provocato una limitazione (come la normativa prevista nel comma 4 dell'art. 147 c.p.).

L'idea di introdurre nell'**art. 147 c.p.** il **comma 4** è stata avanzata dal Senato durante i lavori preparatori della l. n. 40/2001 e inserita nel testo che fu poi in seguito ripresentato alla Camera dei deputati e da questa alla fine approvato.²³⁷ Il comma 4, inserito con l'art. 1 comma 4 del disegno di legge, stabiliva la possibilità di non concedere o, se già attuato, di revocare il rinvio facoltativo laddove vi fosse

²³⁵ Cfr. Corte Cost., sent. n. 264/2009, in *Giur. cost.* 2009 Vol. 3°, pag. 3756 ss.

²³⁶ Cfr. Corte Cost., sent. n. 264/2009, in *Giur. cost.* 2009 Vol. 3°, pag. 3756 ss.

²³⁷ L'emendamento veniva presentato dal senatore Milo (relatore della commissione di Giustizia) con lo scopo di evitare una normativa troppo rigida. V. Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XIII Legislatura, *Resoconto stenografico dell'Assemblea del 6 febbraio 2001 (antimeridiana)*, pag. 12

stato un *concreto pericolo di commissione di delitti*²³⁸ da parte del condannato. A differenza di quei casi il cui verificarsi comporta la revoca del beneficio e che sono indicati dall'art. 147 comma 3 c.p. (si riferisce ai motivi per cui può essere disposta la revoca del rinvio che era stato concesso nei riguardi di una madre con prole di età inferiore di tre anni) quello indicato nel comma 4 costituisce motivo di impedimento o di revoca per tutte e tre le ipotesi indicate all'art. 147 comma 1 c.p. In seguito verranno trattate le singole ipotesi in cui trova applicazione il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena nell'attuale ordinamento e la loro evoluzione normativa.

1.2.1 La presentazione della domanda di grazia da parte del condannato (art. 147 comma 1 n. 1 c.p.)

La prima ipotesi di applicazione del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena si ha nei confronti del detenuto che presenta domanda di grazia purché l'espiazione della sentenza non debba essere differita ai sensi dell'art. 146 c.p. All'art. 147 comma 2 c.p. si precisa che l'applicazione del beneficio previsto nel comma 1 n. 1 può avvenire solo entro sei mesi dal giorno in cui la sentenza è divenuta irrevocabile e se concessa non può oltrepassare tale termine²³⁹: la domanda di grazia può essere anche rinnovata ma la somma del periodo del primo e dei successivi riconoscimenti del rinvio, "complessivamente", non deve superare il termine sopradetto. La

²³⁸ Questo pericolo può essere individuato prendendo in considerazione alcuni dati come: i precedenti penali del condannato, l'entità della pena che è chiamato a dover scontare e la natura del reato commesso. Il tribunale di sorveglianza per decidere l'applicazione o no del beneficio deve bilanciare questi elementi insieme a quei presupposti, presenti nel caso concreto, che renderebbero possibile la concessione del rinvio facoltativo. In tal senso v. G. Marinucci, E. Dolcini e G.L. Gatta *op. cit.*, pag. 1806

²³⁹ La *ratio legis* di questo limite deriva dalla volontà di evitare ogni attività dilatoria. V. Cass. pen., sez. I, 14 novembre 2007, Poggi, in *Cass. pen.* n.12/2008, pag. 4676, dove si specifica che ciò vale anche per l'ipotesi in cui "la decisione sulla domanda non sia stata assunta in questo lasso di tempo".

giurisprudenza ha disposto che la concessione del rinvio in questa ipotesi può avvenire solo se l'esecuzione della pena non sia ancora iniziata: l'attuazione del rinvio non si ha quando la domanda di grazia da parte del condannato viene posta ad espiatione della pena già in corso e quando quest'ultima sia stata ripristinata a seguito della revoca di un beneficio penitenziario che comportava ugualmente una sospensione dell'esecuzione della sentenza.²⁴⁰ La questione riguardante la possibilità di concedere o meno il rinvio facoltativo quando il condannato avesse fatto domanda di grazia dopo il termine dei sei mesi era stato oggetto di pronuncia della Corte costituzionale a seguito di un'ordinanza emessa il 5-06-1998 dal Tribunale di sorveglianza di Venezia²⁴¹. Il tribunale di sorveglianza infatti, sollevava l'illegittimità costituzionale dell'art. 147 comma 2 c.p. nella parte in cui prevedeva che il periodo di sei mesi decorresse dal momento in cui la sentenza fosse divenuta irrevocabile, anche laddove l'esecuzione della pena avesse già avuto inizio.²⁴² Secondo il giudice *a quo* vi era una disparità tra colui che presentava richiesta di domanda di grazia prima del decorso dei sei mesi dalla irrevocabilità della sentenza e il detenuto che si fosse attivato in tal senso solo dopo quel termine. Questa affermazione, per il giudice rimettente, trovava fondamento nel potere che l'art. 684 comma 1 c.p.p. riconosceva al tribunale di sorveglianza, ovvero quello di provvedere alla liberazione del detenuto e di adottare tutti i provvedimenti ad esso

²⁴⁰ In tal senso v. Cass. pen. Sez. I 10 dicembre 1996, n. 5210, Scalise, in *Riv. pen.* 1997, pag. 517 e Cass. pen. sez. I 3 marzo 1994, Mesina, in *Cass. pen.* 1995, pag. 1854

²⁴¹ Il condannato a seguito della presentazione della domanda di grazia avrebbe avuto diritto al differimento della pena tuttavia il magistrato di sorveglianza, nonostante il potere che gli era riconosciuto dall'art. 684 comma 2 c.p.p., non provvide a concedergli il rinvio provvisorio nell'attesa della decisione definitiva del tribunale di sorveglianza sostenendo che erano già trascorsi i sei mesi dal passaggio in giudicato della sentenza. V. n. 730 ordinanza (atto di promovimento) del 5 giugno 1998, in *Gazzetta ufficiale, 1° serie speciale-Corte costituzionale* (n. 41 del 14-10-1998)

²⁴² V. n. 730 ordinanza (atto di promovimento) del 5 giugno 1998, in *Gazzetta ufficiale, 1° serie speciale-Corte costituzionale* (n. 41 del 14-10-1998)

conseguenti: questo significava che il differimento era reso possibile anche nell'ipotesi in cui l'esecuzione avesse già avuto inizio. Questa funzione si sarebbe poi estesa con la sentenza n. 274/1990²⁴³, sempre secondo il giudice *a quo*, anche all'ipotesi n. 1 dell'art. 147 comma 1 c.p. Il Tribunale di sorveglianza di Venezia affermava così che l'art. 147 comma 2 c.p. fosse in contrasto con l'art. 3 della Costituzione.²⁴⁴ La Corte costituzionale dispose che la previsione della possibilità di concedere il rinvio durante la decisione sulla domanda di grazia presentata dal condannato si giustificasse con la volontà del legislatore di evitare che il reo subisse l'esecuzione della pena in attesa della pronuncia sulla concessione o meno della grazia.²⁴⁵ Il termine di sei mesi, sosteneva la Corte, era stato inserito per evitare un differimento indeterminato dell'esecuzione della pena e la decorrenza di questo termine a partire dal giorno in cui la sentenza sarebbe divenuta irrevocabile in quanto era l'unica data che si poteva individuare correttamente e da cui partiva la fase esecutiva.²⁴⁶ La Corte costituzionale giunse così a dichiarare con l'**ordinanza n. 336 del 20 Luglio 1999** che la questione sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Venezia fosse manifestamente infondata in quanto la diversità di trattamento tra il condannato che presentava domanda di grazia entro sei mesi dalla irrevocabilità della sentenza e colui che l'avesse presentata successivamente (per cui secondo la normativa il primo avrebbe avuto diritto al rinvio facoltativo dell'esecuzione della

²⁴³ V. *supra* in Capitolo II, paragrafo V, pag. 62

²⁴⁴ V. n. 730 ordinanza (atto di promovimento) del 5 giugno 1998, in *Gazzetta ufficiale*, 1° serie speciale-Corte costituzionale (n. 41 del 14-10-1998)

²⁴⁵ Cfr. Corte Cost. sent. 336/1999, in www.cortecostituzionale.it

²⁴⁶ Cfr. Corte Cost. sent. 336/1999, in www.cortecostituzionale.it

pena mentre il secondo no) è “*conseguenza di qualsiasi istituto che configuri l’esercizio di determinate facoltà entro un dato termine*”²⁴⁷.

Infine si stabilisce che il tribunale di sorveglianza nel decidere se concedere oppure no il rinvio dell’esecuzione della pena doveva entrare nel merito della domanda di grazia ovvero fare un giudizio prognostico riguardo la possibilità o meno che vi sia il riconoscimento della stessa indipendentemente dalla durata della pena da eseguire.²⁴⁸

1.2.2 Persona che si trova in condizioni di “grave infermità fisica” (art. 147 comma 1 n. 2 c.p.)

Nella vigente normativa, come stabilito inizialmente dal codice Rocco, l’art. 147 c.p. prevede nel comma 1 la possibilità di ricorrere al rinvio facoltativo dell’esecuzione della pena laddove il condannato risulti essere affetto da una “*grave infermità fisica*”. Con questa dicitura si intende affermare che il reo è affetto da una grave malattia che non risulta però essere di una entità tale da giustificare il ricorso ad un rinvio obbligatorio dell’esecuzione della pena (art. 146 comma 1 n. 3 c.p.) ma nonostante ciò la sua espiazione in carcere potrebbe andare al ledere il principio per cui il trattamento non deve essere contrario al senso di umanità.

In passato vi sono stati, a livello dottrinale, degli interventi da parte di alcuni autori con l’intento di dare una spiegazione al concetto di grave infermità fisica. Cattebeni, nel 1943, affermava che all’interno della dicitura “grave infermità fisica” si poteva comprendere malattie per il quale si rendeva urgentemente necessario ricorrere a

²⁴⁷ Cfr. Corte Cost. sent. 336/1999, in www.cortecostituzionale.it

²⁴⁸ In tal senso v. Cass. pen. Sez. I, 24 novembre 2009, Basciu (RV245551), in *Riv. pen.*, 11/2010, pag. 1156

cure non attuabili all'interno del carcere, patologie inguaribili o che comportavano per un certo periodo “*degenza o immobilità*”²⁴⁹. La gravità della malattia invece, secondo Nanni e De Sando, doveva essere stabilita avendo riguardo ad alcuni elementi come “*all'eziologia, alla prognosi, al pericolo di contagio, al decorso, o quando si prospetti la necessità di interventi diagnostici rischiosi o complessi*”²⁵⁰. Minna e Mangili poi sostenevano che la gravità dell'infermità potesse essere costatata dal suo sicuro peggioramento laddove il detenuto continuasse ad essere oggetto di custodia e dalla maggiore curabilità della stessa in strutture esterne al carcere.²⁵¹ Quanto detto da quest'ultimi due autori trovava sostanzialmente conferma anche in Cavallazzi.²⁵²

L'infermità fisica di cui è affetto il detenuto è *grave* quando questo si trovi di fronte ad una prognosi infausta *quoad vitam* nonché quando abbia bisogno di trattamenti che non siano possibili né all'interno del carcere né in luoghi di cura esterni previsti dall'art. 11 o.p.²⁵³

Si tratta di un concetto relativo che deve essere ogni volta analizzato mettendo in confronto le condizioni fisiche del detenuto con quelle dell'ambiente carcerario ove la pena deve essere scontata²⁵⁴: la sentenza n. 114/1979 infatti disponeva che una volta verificata la presenza della grave infermità fisica del reo questa doveva essere messa in relazione a gli altri elementi che potevano di volta in volta risultare utili per la decisione che il tribunale era chiamato a prendere²⁵⁵.

²⁴⁹ C. Crestani e D. Bordinon, *Incompatibilità tra condizioni di salute e stato di detenzione. Aspetti giuridici e medico legali*, in *Riv. it. med. leg.* VIII, 1986, pag. 408

²⁵⁰ C. Crestani e D. Bordinon, *op. cit.*, pag. 408

²⁵¹ C. Crestani e D. Bordinon, *op. cit.*, pag. 409

²⁵² C. Crestani e D. Bordinon, *op. cit.*, pag. 409

²⁵³ In tal senso v. Cass. sez. I, 10 dicembre 1997, Grandelli, in *Cass. pen.* 1999, pag. 880

²⁵⁴ V. Cass. sez. I, 3 dicembre 1990, Racca, in *Cass. pen.* 1992, pag. 956-957

²⁵⁵ Cfr. sent. n. 114/1979, in *Cass. pen.*, 1980, p. 616 ss

La *ratio* dell'ipotesi n. 2 contenuta nel comma 1 dell'art. 147 c.p. è quella di far sì che la detenzione non vada a violare alcuni principi costituzionali. Si ha la violazione dell'art. 27 comma 2 Cost. quando l'espiazione della pena in stato detentivo sia per il detenuto percepita, a causa delle sue condizioni fisiche, come una pena più grave rispetto a quella inflitta e nell'ipotesi in cui nel carcere non siano presenti le cure mediche che si rendono necessarie per quel tipo di malattia ovvero la detenzione avvenga in condizioni incompatibili con la patologia²⁵⁶. Il giudice inoltre deve garantire che l'aggravio che deriva dall'eseguire la pena in carcere da parte del condannato affetto da una grave infermità fisica non comporti la violazione del principio di legalità della pena²⁵⁷.

Quindi, secondo la giurisprudenza, il giudice nel decidere se consentire o meno il rinvio facoltativo al condannato (decisione che dovrà essere comunque motivata) è tenuto a valutare la "gravità" dell'infermità fisica di cui è affetto quest'ultimo attraverso il bilanciamento del principio della certezza della pena e dell'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (art. 3 Cost.) con il divieto ad un trattamento disumano (art. 27 comma 3 Cost.), con il diritto alla legalità della pena (art. 25 comma 2 Cost.) e infine con il diritto fondamentale alla salute (art. 32 Cost.): in questo modo il giudice farà prevalere, in base alle caratteristiche del caso concreto, il bene che da questo bilanciamento risulterà più meritevole di tutela²⁵⁸.

²⁵⁶ Cfr. F. Fiorentin *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione: normativa e giurisprudenza ragionata*, Giuffrè editore, Milano, 2013, pag. 28-29

²⁵⁷ V. Cass. sez. I, 14 gennaio 1992, Masotina, in *Cass. pen. 1993*, pag. 1135-1136

²⁵⁸ In tal senso v. Cass. sez. I, 14 gennaio 1992, Masotina, in *Cass. pen. 1993*, pag. 1135-1136 in quanto la Corte di cassazione provvide ad annullare l'ordinanza con cui era stata rigettata l'istanza del rinvio facoltativo in quanto per la sua concessione o meno era stata presa in considerazione solo la compatibilità della malattia con l'espiazione della pena in carcere non tenendo di conto di altre garanzie. V. Cass. sez. I, 8 marzo 1994, Tana, in *Cass. pen. 1995*, pag. 941-942 dove la Cassazione ritenne che il condannato aveva necessità, essendo affetto da encefalopatia ischemica cronica multinfartuale, di avere costanti contatti con presidi sanitari specializzati, i quali risultavano essere idonei per avere maggiori cure. V. Cass. sez. I, 30 marzo 2004, Vastante,

Il tribunale di sorveglianza riconosce al condannato il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando la gravità della infermità fisica di cui è affetto raggiunga un'entità tale da far ritenere che la continuazione dell'espiazione della pena in carcere possa essere per lui dannosa, di contro il rigetto quando le condizioni di salute del detenuto risultino sotto controllo e con possibilità di effettuare le cure all'interno della struttura detentiva senza alcun pericolo di vita e danno per il condannato²⁵⁹. In caso di rigetto della concessione del rinvio facoltativo la non menzione, nel provvedimento, della necessità di tutela del diritto della salute e il divieto ad un trattamento contrario al senso umano non può costituire vizio di mancata motivazione in quanto questo è reso possibile solo se a questa mancanza si accompagna anche l'accertamento di *“un quadro patologico particolarmente grave, capace ictu oculi di essere causa di una sofferenza aggiuntiva proprio per effetto della privazione dello stato di libertà nonostante il regime di detenzione possa assicurare la prestazione di adeguate cure mediche”*²⁶⁰. Questa sofferenza aggiuntiva, secondo la giurisprudenza, pur essendo presente in ogni condannato che si trovi in condizioni di salute non perfette, diventa rilevante solo quando raggiunge un'entità tale *“da superare i limiti dell'umana tollerabilità”*²⁶¹.

Perché vi sia differimento facoltativo si dispone che il condannato debba essere affetto da un'infermità fisica così grave da eludere la sua pericolosità sociale e da non fargli percepire quella finalità rieducativa a cui la pena deve tendere²⁶².

in *Cass. pen.* 2005, pag. 2261-2262 il quale riguardava un condannato affetto da Aids non conclamata non rientrante nell'applicazione del rinvio obbligatorio.

²⁵⁹ V. *Cass. sez. I*, 10 ottobre 2007, Bifone, in *Riv. pen.* 6/2008, pag. 692

²⁶⁰ V. *Cass. sez. I*, 28 settembre 2005, La Rosa, in *Giust. pen.* 2006, P. II, pag. 709

²⁶¹ V. *Cass. sez. I*, 28 ottobre 1999, Ira, in *Cass. pen.* 2001, pag. 168

²⁶² V. *Cass. sez. I*, 27 gennaio 1995, Sinagra, in *Cass. pen.* 1996, pag. 817

In giurisprudenza vi sono orientamenti divergenti su alcune questioni:

- in relazione ai presupposti su cui la concessione del rinvio si dovrebbe legittimare in quanto alcuni orientamenti sono volti a ritenere necessario per il riconoscimento del beneficio la presenza autonoma di due elementi: la “*gravità oggettiva della malattia, implicante un serio pericolo per la vita del condannato o la probabilità di altre rilevanti conseguenze dannose*” e la “*possibilità di fruire, in stato di libertà, di cure e trattamenti sostanzialmente diversi e più efficaci rispetto a quelli che possono essere presenti in regime di detenzione, eventualmente anche mediante il ricovero in luoghi esterni di cura ai sensi dell’art. 11 o.p.*”²⁶³. Altri ritengono come condizione esclusiva per l’attuazione del rinvio facoltativo semplicemente “*l’oggettiva «gravità» dell’infermità fisica, la quale sia tale da dar luogo, cumulata all’ordinaria afflittività della restrizione della libertà, ad un «trattamento contrario al senso di umanità» e ad una sostanziale elusione del diritto individuale, costituzionalmente garantito, alla tutela della salute da parte dell’ordinamento*”²⁶⁴

- in merito all’impossibilità di garantire le misure sanitarie all’interno della struttura carceraria in quanto alcune sentenze dispongono che perché vi sia rinvio facoltativo occorrerebbe che tale impossibilità sia assoluta, cioè quando non sia possibile disporre di cure in stato detentivo e non perché vi sia l’eventualità di “*praticarle meglio fuori dalla struttura penitenziaria*”²⁶⁵, altre invece affermano che la concessione del beneficio possa ugualmente avvenire anche qualora

²⁶³ V. Cass. sez. I, 19 giugno 1991, Scarpetti, in *Cass. pen.* 1992, pag. 2367 (è ripresa da questa sentenza la frase in corsivo virgolettata che precede tale nota)

²⁶⁴ V. Cass. sez. I, 29 aprile 1997, Martini, in *Cass. pen.* 1998, pag. 1373

²⁶⁵ V. Cass. sez. I, 23 settembre 1996, Camerlingo, in *Cass. pen.* 1997, pag. 2453

l'impossibilità di applicare le cure non sia assoluta ma di attuazione meno agevole rispetto all'ipotesi di praticarle fuori dalla struttura carceraria²⁶⁶.

- riguardo all'ipotesi in cui il detenuto sia affetto da una malattia caratterizzata da una prognosi infausta *quoad vitam*²⁶⁷ dove vi sono sentenze che in questo caso ritengono necessario l'applicazione del beneficio²⁶⁸ e altre che affermano che tale fattispecie non sia una condizione che comporti automaticamente il riconoscimento del rinvio²⁶⁹.

- nell'ipotesi in cui il detenuto sia affetto da una malattia che lo pone in pericolo di vita infatti, alcune sentenze della Corte di cassazione hanno disposto che tale tipo di patologia comporterebbe l'incompatibilità con l'esecuzione della pena in carcere²⁷⁰ mentre in altre si sarebbe affermato che ciò non determina per forza un tale stato in quanto può accadere il contrario, ovvero che detta incompatibilità si verifichi con una malattia che non pone il detenuto in pericolo in quanto presenterebbe caratteristiche che non rendono sufficiente il ricorso alle misure previste dall'amministrazione penitenziaria o il ricovero in istituti esterni al carcere.²⁷¹

- sulla "non collaborazione" del detenuto in quanto vi è da un lato una sentenza della Corte di cassazione dove si prevede la non concessione del differimento facoltativo nell'ipotesi in cui il condannato rifiuti di essere sottoposto ad un intervento chirurgico senza un'accettabile giustificazione (era affetto infatti da un

²⁶⁶ V. Cass. sez. I, 30 marzo 1994 n. 1462, Vassallo, CED in F. Fiorentin, *op. cit.*, pag. 28

²⁶⁷ In tal senso v. Cass. sez. I, 14 dicembre 1982, Loggia, in *Cass. pen. 1984*, pag. 334 dove si afferma che la prognosi infausta *quoad vitam* esprime "un rapporto tra probabilità di morte e probabilità di sopravvivenza".

²⁶⁸ V. Cass. sez. I, 10 gennaio 1994, Mangiavillano, in *Cass. pen. 1995*, pag. 940

²⁶⁹ V. Cass. sez. I, 5 dicembre 1987, Mesina, in *Cass. pen. 1988*, pag. 1024

²⁷⁰ V. Cass. sez. I, 6 agosto 1986, Celentano, in *Cass. pen. 1987*, pag. 2154

²⁷¹ V. Cass. sez. I, 16 dicembre 1993, Veneziano, in *Cass. pen. 1995*, pag. 287 la quale precisa che comunque si deve trattare di malattie che siano gravi, cioè pregiudizievoli per le condizioni di salute del detenuto.

infermità che risultava essere già oggetto di terapie regolarmente compiute in carcere)²⁷² e dall'altra parte l'idea che la non attuazione del differimento da parte del tribunale di sorveglianza risulti infondata di fronte all'immotivato rifiuto di cure del reo posto che l'applicazione del beneficio si baserebbe sulla presenza oggettiva di alcuni presupposti tra i quali non risulterebbe essere menzionato il comportamento del reo²⁷³. Quindi prendendo in considerazione quest'ultima affermazione la non concessione del rinvio facoltativo al condannato sarebbe giustificata solo nel caso in cui non vi sia l'accertamento della gravità ovvero non vi sia incompatibilità della terapia con lo stato detentivo²⁷⁴.

Nella decisione di concedere o meno il rinvio facoltativo della pena ai sensi dell'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. potrà risultare utile per il giudice rifarsi ad una perizia medico legale con cui si provvede ad accertare le condizioni fisiche del detenuto, se realmente la patologia da quest'ultimo rilevata risulti essere una grave infermità fisica e se questa infermità sia compatibile o meno con l'espiazione della pena in carcere.²⁷⁵

La giurisprudenza di legittimità ha fornito alcune ipotesi in cui il rinvio facoltativo non viene riconosciuto al detenuto in quanto riguarderebbero malattie che non risultano avere una rilevanza tale per rientrare nella dicitura di "grave infermità fisica": *infermità cronicizzante all'apparato respiratorio con ipertrofia prostatica*,

²⁷² In tal senso v. Cass. sez. I, 18 giugno 1996, Prisinzano, in *Cass. pen.* 1997, pag. 1012

²⁷³ Nella sentenza n. 2741 della Corte di cassazione del 1 dicembre 1989 (Gubbi) si provvedeva ad annullare il provvedimento del giudice con cui si rigettava l'istanza del condannato relativa alla concessione del rinvio facoltativo ai sensi dell'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. per il rifiuto dello stesso al ricovero presso una struttura sanitaria dell'amministrazione penitenziaria. V. F. Fiorentin, *op. cit.*, pag. 21-22

²⁷⁴ V. F. Fiorentin, *op. cit.*, pag. 21-22

²⁷⁵ V. R. Minna e F. Mangili, *Sulla sospensione facoltativa della pena per grave infermità fisica (art. 147 c.p.): considerazioni giuridiche medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, pag. 510

*ernia inguinale e algie al rachide lombosacrale*²⁷⁶; *la silicosi polmonare*²⁷⁷; *la patologia anoressica*²⁷⁸; *un triplice infarto con sottoposizione ad intervento chirurgico per l'applicazione di più by pass aorto coronarici*²⁷⁹; *una patologia cardiaca che obblighi l'uso del pacemaker*²⁸⁰ e *la stenosi dell'uretra e del collo vescicale e adenoma prostatico*²⁸¹.

Ai fini della valutazione per la concessione del beneficio risultano essere irrilevanti la durata della *pena da espiare*²⁸², la *cronicità*²⁸³, la *guaribilità* o la *reversibilità della malattia*²⁸⁴ poiché non costituiscono presupposti richiesti per la sua attuazione.

L'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. non prende in considerazione le infermità di natura psichica²⁸⁵. Il differimento facoltativo per malattia psichica sarebbe concesso solo se questa risulti anche malattia fisica²⁸⁶. Venne sollevata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost. in quanto si riteneva che la normativa *ivi* contenuta comportasse un trattamento diverso tra chi si trovava in uno stato intermedio tra infermità fisica e infermità psichica e chi in queste categorie non poteva essere inserito.²⁸⁷ Tale questione venne dichiarata

²⁷⁶ V. Cass. sez. I, 4 dicembre 1992, Rancadore, in *Cass. pen.* 1994, pag. 66

²⁷⁷ V. Cass. sez. I, 21 dicembre 1993, Graziano, in *Cass. pen.* 1995, pag. 1527

²⁷⁸ V. Cass. sez. I, 21 agosto 1997, Pratico, in *Cass. pen.* 1998, pag. 2015

²⁷⁹ V. Cass. sez. I, 28 gennaio 1997, Maiorana, in *Cass. pen.* 1998, pag. 1373

²⁸⁰ V. Cass. sez. I, 28 ottobre 1992, Brambilla, in *Cass. pen.* 1994, pag. 65

²⁸¹ V. Cass. sez. I, 29 settembre 1995, Adilardi, in *Cass. pen.* 1997, pag. 73

²⁸² V. Cass. sez. I, 27 gennaio 1992, Viola, in *Cass. pen.* 1993, pag. 833

²⁸³ V. Cass. sez. I, 22 maggio 1987, Aperto, in *Cass. pen.* 1988, pag. 1868-1869 dove si sosteneva che l'andamento cronico della malattia non era un impedimento alla concessione del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena.

²⁸⁴ V. Cass. sez. I, 13 dicembre 1993, Peddio, in *Cass. pen.* 1995, pag. 941 dove la Cassazione ha disposto che la non guaribilità della malattia o la sua irreversibilità non risulterebbero essere in contrasto con lo scopo del differimento facoltativo che invece consiste nell'evitare che vi sia un trattamento del condannato contrario al senso umano.

²⁸⁵ V. Cass. sez. I, 28 marzo 1995, Ranzulli, in *Cass. pen.* 1996, pag. 1810 e Cass. sez. I, 5 marzo 1992, Acquilino, in *Cass. pen.* 1993, pag. 2275 dove si confermava l'irrilevanza delle patologie psichiche anche laddove fossero state accertate dal giudice con indagini peritali.

²⁸⁶ V. Cass. sez. I, 24 novembre 2010, Giordano, in *Riv. pen.* 11/2011, pag. 1206

²⁸⁷ F. Fiorentin, *op. cit.*, pag. 32

manifestamente infondata in quanto gli artt. 147 e 148 c.p. provvedono a disciplinare in modo dettagliato i casi di grave infermità che ostacolano l'esecuzione della pena: il primo si applica alle gravi infermità fisiche mentre il secondo alle infermità psichiche²⁸⁸. Per le patologie depressive che non rientrano nelle infermità psichiche si dispone la seguente disciplina: se queste malattie agiscono sullo stato fisico rientrano nell'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. in caso contrario risulteranno infermità fisiche per cui il rinvio facoltativo non troverebbe applicazione in quanto non gravi²⁸⁹. La giurisprudenza dispone che la sindrome ansioso-depressiva possa essere motivo per concessione del rinvio facoltativo ai sensi dell'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. quando risulti non fronteggiabile in carcere e in grado di apportare una sofferenza fisica al detenuto²⁹⁰. La giurisprudenza ritiene

²⁸⁸ F. Fiorentin, *op. cit.*, pag. 32

²⁸⁹ F. Fiorentin, *op. cit.*, pag. 32

²⁹⁰ In tal senso era stato disposto dalla Cass. sez. I, 15 ottobre 1996, Ciancimino, in *Giust. pen.* 1997, II, pag. 523. Erano state escluse dalla possibilità di poter avere in modo automatico la concessione del rinvio facoltativo quelle debilitazioni fisiche che derivavano dall'anoressia. V. Cass. sez. I, 21 agosto 1997, Pratico, in *Cass. pen.* 1998, pag. 2015. Vi rientrava invece il caso di Ovidio Bompreschi, il quale era stato condannato a ventidue anni di carcere per l'omicidio del commissario Luigi Calabresi. Il Magistrato di sorveglianza di Pisa il 20 aprile 1998, in virtù della funzione a lui riconosciuta con l'art. 684 comma 2 c.p.p., concesse al detenuto il differimento provvisorio dell'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. in attesa della pronuncia da parte del Tribunale di sorveglianza di Genova. Le motivazioni che indussero il magistrato di sorveglianza a concedere tale provvedimento furono per il "rilevante e progressivo indebolimento organico (con diminuzione ponderale di oltre 13 Kg) e un «profondo stato di ansia», dovuti probabilmente ad una accentuata forma depressiva e reattiva che impedisce al soggetto una congrua alimentazione con conseguenti «parestesi diffuse all'estremità», «perdita di equilibrio e deficit del visus con nausea e connotati di vomito», accertate carenze elettrolitiche che rendono concreto il rischio di collasso cardiocircolatorio": questa sindrome ansioso-depressiva si presentava così come una patologia non fronteggiabile in carcere e in grado di incidere negativamente sullo stato fisico del reo. V. Magistrato di sorveglianza di Pisa, decreto 20 aprile 1998, Bompreschi, in *Foro It.*, P. II, 1998, pag. 448. Il Tribunale di sorveglianza di Genova respinse l'istanza di sospensione nonostante il parere negativo dei medici ma il magistrato di sorveglianza provvide a riconcedere il differimento provvisorio, decisione che venne confermata dal Tribunale di sorveglianza di Firenze per un anno. Successivamente vi fu una nuova richiesta da parte dei difensori di Bompreschi di confermare la sospensione in quanto in libertà le condizioni di salute del detenuto erano migliorate ma vi erano elevate probabilità di ricaduta nello stato ansioso e depressivo se fosse stata ripristinata l'esecuzione della pena in carcere. Il 22 gennaio 2002 il Tribunale di Genova con ordinanza rigettò l'istanza affermando che "deve di conseguenza ripristinarsi la privazione della libertà, nei confronti del condannato a pena detentiva che non presenti in atto uno stato di grave infermità fisica, pur avendo avuto pregresse patologie di natura reattiva delle quali non si esclude, in termini di mera probabilità, il ripetersi, a seguito del ritorno in ambiente carcerario". V. Tribunale di sorveglianza, ordinanza 22 gennaio 2002, Bompreschi, in *Foro It.*, P. II, 2002, pag. 312 ss. Con decreto del 21 febbraio 2002 il Magistrato di sorveglianza di Pisa provvide di nuovo a concedere il rinvio facoltativo provvisorio ai sensi dell'art. 147 comma 1 n. 2. V. Magistrato di sorveglianza, ordinanza 21 febbraio 2002, Bompreschi, in *Foro It.*, P. II, 2002, pag. 313 ss. Il 23 maggio 2003 il Tribunale di sorveglianza

che tra gli artt. 147 e 148 c.p. vi sia un rapporto di esclusione posto che il primo riguarda la facoltà del giudice di poter concedere “*il differimento facoltativo della pena nei confronti di chi si trovi in condizione di grave infermità fisica*”, mentre il secondo obbliga il giudice ad “*ordinare il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in casa di cura e custodia del condannato affetto da infermità psichica «tale da impedire l’esecuzione»*”: quindi laddove la malattia psichica sia tale da risultare incompatibile con l’espiazione della pena in carcere si provvederà al ricovero all’ospedale psichiatrico, in caso contrario “*il giudice deve avere esclusivo riferimento all’infermità psichica*”²⁹¹.

Infine è data la possibilità da un lato, all’applicazione di un termine finale riguardo la concessione del rinvio in base all’art. 147 comma 1 n. 2 c.p. purché la durata venga motivata e si vada a verificare, durante il periodo, la sussistenza dei presupposti che ne hanno legittimato la concessione, dall’altro lato questa apposizione non risulta essere consentita laddove lo stato di salute del reo risulti essere irreversibile e grave²⁹².

1.2.3 Madre di prole di età inferiore a tre anni (art. 147 comma 1 n. 3 c.p.)

Con il codice Rocco l’art. 147 comma 1 n. 3 c.p. prevedeva che il rinvio facoltativo dell’esecuzione della pena potesse essere concesso nei confronti di una donna che avesse partorito da più di sei mesi ma da meno di un anno e che non vi fosse la possibilità di affidare il figlio ad altri. Nell’art. 147 comma 3 c.p. era stabilita che

di Genova gli concesse la possibilità di scontare la pena in detenzione domiciliare presso la sua abitazione di Massa. V. *La storia di Bompressi dalla condanna alla grazia*, in www.repubblica.it, (31 maggio 2006)

²⁹¹ V. Cass. sez. I, 3 luglio 2008, Nunnari, rv. 240865, in *Riv. pen.* 6/2009, pag. 730 (sono state riprese da tale rivista le frasi in corsivo virgolettate che precedono tale nota)

²⁹² V. Cass. sez. I, 30 aprile 2001, Sabatelli, in *Giust. pen.* 2002, II, pag. 188

la revoca fosse possibile nell'ipotesi in cui il figlio morisse o fosse affidato ad altri. Come detto sopra, in proposito all'originaria normativa riguardante l'applicazione del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti di donna incinta o di donna che avesse partorito da meno di sei mesi (art. 146 comma 1 nn. 1 e 2 c.p.), anche questa disciplina prevista dall'art. 147 comma 1 n. 3 c.p. risultava priva di ogni riferimento all'entità della pena inflitta e al grado di pericolosità sociale della donna.

Alcune modifiche sono state apportate all'ipotesi n. 3 dell'art. 147 comma 1 c.p. e al comma 3 dello stesso articolo dalla **legge n. 40/2001**.

Il disegno di legge che venne presentato il 24-12-1997 alla Camera dei deputati e in seguito il testo da quest'ultimo approvato, in prima battuta, andarono ad emendare con l'art. 1 comma 2 l'originaria disciplina contenuta all'art. 147 comma 1 n. 3 c.p. prevedendo l'applicazione del rinvio facoltativo nell'ipotesi in cui la donna fosse stata condannata per uno dei reati tra quelli indicati all'art. 4-*bis*, comma 1, primo periodo, della legge n. 354/1975²⁹³ e solo per il periodo che intercorreva tra i sei mesi ed un anno dal parto in quanto, di fronte al compimento di questi tipi di illeciti, l'attuazione del rinvio obbligatorio si arrestava nel momento in cui il figlio avesse raggiunto i sei mesi di età ²⁹⁴.

Questa materia inizialmente e durante i primi passi dei lavori preparatori della legge n. 40/2001 era regolata in modo da coprire obbligatoriamente per un anno dal momento del parto il rapporto madre-figlio allo scopo di garantire il completamento

²⁹³ Il disegno di legge presentato dal Governo faceva riferimento solo all'art. 4 *bis* senza menzionare "*comma 1, primo periodo*". Questa modifica venne poi introdotta nel testo che venne poi presentato dalla Camera dei deputati al Senato, a seguito di un emendamento che era stato presentato dal relatore Anna Maria Serafini in commissione di giustizia e da quest'ultima appoggiato.

²⁹⁴ V, *supra*, pag. 77-78

del periodo relativo all'allattamento e allo svezzamento del bambino, riducendo tale tempo a sei mesi laddove la madre avesse compiuto un reato rientrante tra quelli elencati nell'art. 4 *bis* comma 1 o.p.: in questa ipotesi il periodo che andava dai sei mesi ad un anno dal parto poteva, su discrezionalità del giudice, essere coperto dal rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena. Rispetto alla disciplina del codice penale del 1930 era stata avanzata la possibilità di prendere in considerazione la pericolosità sociale della donna.

Il testo che la Camera dei deputati presentò il 31-07-2000 al Senato conteneva, in aggiunta di questa modifica proposta dal Governo con il disegno di legge e confermata dalla Camera, un emendamento anche sul comma 3 dell'art. 147 c.p.: la relatrice Anna Maria Serafini appoggiò l'idea avanzata dalla I commissione (la quale era stata chiamata a dare un pare sul testo che la commissione di giustizia aveva proposto alla Camera dei deputati) riguardante la possibilità di rendere omogenee la cause di revoca del rinvio facoltativo per l'ipotesi n. 3 dell'art. 147 comma 1 c.p. con quelle che erano previste per il rinvio obbligatorio nelle ipotesi nn. 1 e 2 dell'art. 146 comma 1 c.p.²⁹⁵. Il comma 3 dell'art. 147 c.p. andò così a disporre la revoca, oltre al caso in cui il figlio morisse o fosse affidato ad altri, anche nell'ipotesi in cui fosse abbandonato.

Il provvedimento approvato dalla Camera dei deputati passò al Senato dove il testo dell'art. 147 c.p. venne stravolto.

Alla fine della discussione in commissione di giustizia e successivamente in Senato, nell'ipotesi n. 3 dell'art. 147 c.p. venne tolto ogni riferimento all'art. 4 *bis* primo

²⁹⁵ I motivi di revoca della concessione del rinvio obbligatorio nelle fattispecie indicate all'art. 146 comma 1 nn. 1 e 2 c.p. erano infatti già state introdotte con il disegno di legge presentato dal Governo. V. *supra*, pag. 78

comma, primo periodo della legge n. 354/1975 andando a creare una più robusta normativa protettiva verso i bambini ovvero si provvede a concedere il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti di una madre con prole di età inferiore a tre anni. Infine il comma 3 dell'art. 147 c.p. si adeguò al comma 2 dell'art. 146 c.p. aggiungendo ai motivi di revoca già esistenti (come la morte del figlio, il suo abbandono o l'affidamento a persone diverse dalla madre) anche l'ipotesi in cui la madre fosse dichiarata decaduta dalla potestà genitoriale sul figlio in base all'art. 330 c.c.

Questo progetto ha trovato poi il consenso anche alla Camera dei deputati, la quale non apportando alcuna modifica alla normativa introdotta dal Senato riguardo l'ipotesi n. 3 nell'art. 147 comma 1 c.p. e le cause che ne consentivano la revoca inserite nel comma 3 dell'art. 147 c.p., divenne testo definitivo nella legge n. 40/2001.

L'art. 147 comma 1 n. 3 c.p. è una norma che si pone in rapporto subordinato e sussidiario di fronte alla possibile applicazione del rinvio obbligatorio disposto dall'art. 146 c.p.²⁹⁶ ed ha per oggetto la tutela dell'interesse del minore consistente in particolare nell'intento di evitare qualsiasi pregiudizio che il bambino possa subire dalla convivenza con la madre²⁹⁷.

²⁹⁶ Cfr. F. Fiorentin e G.G. Sandrelli, *op.cit.*, pag. 429

²⁹⁷ Vi rientrava il caso in cui una detenuta, essendo madre di prole di età inferiore a tre anni, richiedeva la concessione del rinvio facoltativo ai sensi dell'art. 147 comma 1 n. 3 c.p. Il magistrato di sorveglianza rifiutò la concessione provvisoria del beneficio in attesa della decisione definitiva del Tribunale di sorveglianza di Torino. Anche da quest'ultimo la richiesta venne rigettata in quanto la madre era stata ritenuta responsabile di alcuni ricoveri che la bambina aveva subito a seguito di sue disattenzioni (es. bronchite asmatica, ustione del quarto e terzo dito della mano sinistra per aver preso una sigaretta della madre e l'ultimo ricovero per broncospasmo). Il tribunale di sorveglianza infatti ritenne che vi fosse concreto pericolo di commissione di nuovi delitti da parte della madre se fosse stata rimessa in libertà. Cfr. F. Fiorentin e G.G. Sandrelli, *op.cit.*, pag. 429-430-431

Rispetto alla previgente normativa, con questa legge si è ottenuto una estensione del periodo del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena da parte della madre (non è più solo per il tempo che andava da sei mesi ad un anno dal parto ma è stato aumentato a tre anni) e infine, nell'ipotesi n. 3 al comma 1 dell'art. 147 c.p., si è tolta l'ipotesi riguardante "la possibilità di poter affidare il bambino ad altra persona" come motivo di non concessione del rinvio in quanto l'affidamento dello stesso risulta essere indicato nel comma 3 come uno dei motivi di revoca del beneficio a cui, oltre alla morte del figlio, si aggiungono il suo abbandono e la decadenza della madre dalla potestà genitoriale ai sensi dell'art. 330 c.c.

Anche l'art. 147 comma 3 c.p. è stato oggetto, con l'art. 93 comma 1 lettera h) del decreto legislativo del 28-12-2013 n. 154, dello stesso intervento subito dall'art. 146 comma 2 c.p.²⁹⁸

2. IL COORDINAMENTO TRA IL DIFFERIMENTO DELL'ESECUZIONE DELLA PENA E LA DETENZIONE DOMICILIARE

2.1 La disciplina *prima* della l. n. 165/1998

La detenzione domiciliare venne introdotta per la prima volta nell'ordinamento penitenziario con l'**art. 13** della **l. n. 663 del 10 Ottobre 1986** (*legge "Gozzini"*).

Il disegno di legge veniva presentato il 19-07-1983, su iniziativa dei senatori Gozzini, Napoleoni, Ossicini, Ulianich e Anderlini, non menzionava, fra i suoi articoli, l'inserimento di questa misura alternativa alla detenzione. La sua immissione fu proposta nell'art. 13 del testo che la II commissione (Giustizia) era

²⁹⁸ V. *supra*, pag. 92

stata chiamata a presentare al Senato e che da questo, con alcune modifiche, venne in seguito approvato. In questo articolo si proponeva l'ingresso nell'ordinamento penitenziario dell'art. 47 *ter* dove, tuttora, si disciplina la detenzione domiciliare, il quale nel comma 1 consentiva a colui che avesse fatto parte di una specifica categoria *ivi* indicata (a) donna incinta o che allatta la propria prole; b) persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali, c) persona di età superiore a 65 anni, se inabile anche parzialmente e d) persona di età inferiore a 21 anni, per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia) e fosse stato condannato ad una pena di reclusione non superiore a due anni (anche se costituente parte residua di una pena maggiore) ovvero all'arresto, la possibilità di poter scontare la pena nella propria abitazione o in un altro luogo di privata dimora o in un luogo pubblico di cura o di assistenza salvo che non fosse stato oggetto di affidamento in prova al servizio sociale. Il disegno di legge passò successivamente alla Camera dei deputati dove la IV Commissione (Giustizia) apportò al punto n. 1 dell'art. 47 *ter* comma 1 un emendamento che consisteva nell'estendere la possibilità di ricorrere alla detenzione domiciliare anche alla madre con prole di età inferiore a tre anni con lei convivente. Questa modifica ebbe in seguito conferma anche al Senato²⁹⁹ e più tardi il testo dell'art. 13 divenne definitivo con il consenso finale della Camera dei deputati con cui si decretò la fine dell'*iter* legislativo per l'approvazione della l. n. 663/1986.

²⁹⁹ Il relatore Gallo affermò che la scelta di estendere la detenzione domiciliare anche alle madri con prole di età inferiore a tre anni aveva una connotazione umanitaria addirittura secondo il senatore Gozzini questa ipotesi costituiva un modo per eliminare gli asili nido nelle carceri. Questa modifica proposta dalla Camera dei deputati trovò appoggio anche da parte del senatore Filetti. Cfr. Atti parlamentari, Senato della Repubblica, IX Legislatura, *Resoconto stenografico della seduta del 25 settembre del 1986*, pag. 6-9-12

Di seguito alla legge Gozzini, l'art. 47 *ter* comma 1 o.p. fu oggetto di ulteriori interventi:

- con sentenza n. 215/1990 la Corte costituzionale dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 47 *ter* comma 1 n. 1 o.p. nella parte in cui prevedeva la concessione della detenzione domiciliare alla madre con prole di età inferiore a tre anni con lei convivente e non stabiliva che tale beneficio potesse essere esteso, alle stesse condizioni, anche al padre detenuto laddove la madre fosse morta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole³⁰⁰
- con sentenza n. 414/1991 la Corte costituzionale dichiarò illegittimo l'art. 47 *ter* o.p. nella parte in cui non prevedeva che "la reclusione militare fosse espiata in detenzione domiciliare quando si trattava di *«persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali»*"³⁰¹
- con il decreto legge del 14-06-1993 n. 187, convertito poi dalla legge del 12-08-1993 n. 286, che consentiva la possibilità di riconoscere la detenzione domiciliare non più a coloro che avessero una pena detentiva non superiore a due anni (o che costituisse il residuo di una pena maggiore) ma procedette ad estenderla a pena detentiva non inferiore a tre anni (o che ne costituisse il residuo di una pena maggiore); venne emendata l'età della prole indicata nell'art. 47 *ter* comma 1 n. 1 o.p. passando da tre a cinque anni e nel punto n. 3 si ridusse l'età della persona a

³⁰⁰ La sentenza della Corte costituzionale venne emessa in seguito ad un'ordinanza sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Trieste dove sosteneva l'illegittimità dell'art. 47 *ter* comma 1 n. 1 o.p. in riferimento agli artt. 3, 29, 30 e 31 della Costituzione. V. sentenza n. 215 del 4-13 aprile 1990, in *Gazzetta Ufficiale*, 1° serie speciale-Corte Costituzionale (n.16 del 18-4-1990)

³⁰¹ V. sentenza n. 414 del 6-19 novembre 1991, in *Gazzetta Ufficiale*, 1° serie speciale-Corte Costituzionale (n.47 del 27-11-1991)

cui era riconosciuto, essendo parzialmente inabile, la possibilità di poter richiedere tale beneficio passando da sessantacinque a sessant'anni.³⁰²

In evidenza, vi era che l'area applicativa della detenzione domiciliare si trovava a comprendere categorie (donna incinta o che allatta la propria prole; persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali) che risultavano essere presenti anche negli artt. 146 e 147 c.p.: sorse così, di fronte ad ipotesi rientranti nella stesso "terreno" applicativo, un problema di coordinamento tra l'art. 47 *ter* comma 1 o.p e le due norme del codice penale qualora avessero avuto come condannato colui la cui pena da dover espiare (o quella che ne costituiva residuo di una pena maggiore) non fosse stata superiore a tre anni. La relazione che accompagnò il testo elaborato dalla II commissione del Senato affermava che la detenzione domiciliare sarebbe stata "*una deroga alla normativa codicistica in materia di rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena*"³⁰³: il tribunale di sorveglianza avrebbe applicato il rinvio nelle ipotesi in cui avesse ritenuto la non applicabilità della detenzione domiciliare. Tuttavia il testo definitivo della norma penitenziaria non prevedeva nulla in tal senso lasciando non risolti i dubbi riguardo quale istituto avrebbe dovuto avere applicazione nelle ipotesi rientranti nell'area di sovrapposizione.

In particolare il problema interpretativo riguardava le ipotesi nn. 1 e 2 dell'art. 146 comma 1 c.p. (relative alla donna incinta o alla madre con prole di età inferiore a sei mesi) e quelle contenute nell'art. 147 comma 1 nn. 2 e 3 c.p. (riguardanti la donna con prole di età non inferiore a sei mesi ma non superiore ad un anno che

³⁰² V. decreto legge n. 187 del 14 giugno 1993, in *Gazzetta Ufficiale, Serie Generale* (n. 137 del 14-6-1993)

³⁰³ Cfr. Atti parlamentari, Senato della Repubblica, IX Legislatura, *Relazione della 2° commissione permanente del 29 maggio 1986*, pag. 7

non potesse essere affidata ad una persona diversa dalla madre e persona affetta da una grave infermità fisica) con le fattispecie inserite nell'art. 47 *ter* comma 1 lettere a) e b) (le quali si riferivano rispettivamente a donna incinta o che allatta la propria prole ovvero madre di prole di età inferiore a cinque anni con lei convivente e persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali) poiché risultavano sostanzialmente identici. Questa coincidenza poneva problemi riguardo la norma da dover applicare di fronte ad ipotesi per le quali entrambe le misure potevano trovare attuazione. Su tale questione in dottrina vi furono diversi orientamenti:

- una parte affermava che il rinvio dovesse avere prevalenza sulla detenzione di fronte alle ipotesi nn. 1 e 2 contenute nell'art. 146 comma 1 c.p. laddove si fossero verificate *prima* dell'esecuzione della pena in quanto alla donna, in conseguenza dell'obbligatorietà del rinvio, non era ammessa alcuna alternativa. In riferimento alla fattispecie indicata al n. 3 dell'art. 147 comma 1 c.p., essendo il rinvio facoltativo, si consentiva alla donna la possibilità di scelta tra il differimento o la detenzione domiciliare (alternativa possibile anche nel caso in cui la gravidanza fosse avvenuta *dopo* l'inizio dell'esecuzione della pena). Per quanto riguarda il rapporto tra l'art. 47 *ter* comma 1 lettera b) o.p. e l'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. la prima veniva ritenuta più severa rispetto alla seconda in quanto si riferiva ad una "*malattia particolarmente grave*" e richiedeva costanti contatti con i presidi sanitari³⁰⁴

³⁰⁴ Cfr. E. Fassone, T. Basile e G. Tuccillo, *La riforma penitenziaria: commento teorico pratico alla legge 663/1986*, Jovene, Napoli, 1987, pag. 149-150

- altri disponevano che fuori dalle ipotesi per cui si richiedeva un rinvio obbligatorio, laddove vi fossero i presupposti per l'applicazione della detenzione domiciliare, la norma penitenziaria doveva avere la prevalenza sul differimento poiché al giudice veniva concessa discrezionalità nella scelta. Infine l'art. 47 *ter* o.p. risultava applicabile sia alla malattia fisica che a quella psichica, le quali però dovevano richiedere “*costanti e continui contatti con i presidi sanitari*”³⁰⁵
- alcuni stabilivano che di fronte ad ipotesi per cui troverebbe applicazione sia la detenzione domiciliare che il rinvio obbligatorio o facoltativo, in presenza di tutti i requisiti oggettivi e soggettivi richiesti, la priorità dovrebbe essere data alla detenzione domiciliare. Tale previsione comportava nelle fattispecie dove avrebbe potuto trovare applicazione sia l'art. 47 *ter* che l'art. 146 c.p. un attenuazione della connotazione obbligatoria che caratterizzava quest'ultimo, mentre in quelle dove avrebbe potuto avere attuazione sia l'art. 47 *ter* che l'art. 147 c.p. la detenzione domiciliare sarebbe risultata un'ulteriore modalità esecutiva della pena che andava ad aggiungersi al differimento facoltativo.³⁰⁶
- quando l'area di sovrapposizione avveniva con l'art. 146 comma 1 nn. 1 e 2 c.p. la detenzione domiciliare avrebbe dovuto prevalere sul differimento a meno che non si fossero verificate situazioni, in presenza delle quali la misura penitenziaria non avrebbe potuto trovare applicazione. Nei riguardi delle ipotesi di rinvio facoltativo veniva riconosciuto al giudice piena discrezionalità nella scelta a

³⁰⁵ Cfr. G. Catelani, *Manuale dell'esecuzione penale*, 3° ed., Giuffrè, Milano, 1993, pag. 375. Tuttavia, nonostante il diritto della donna che si trovi nell'ipotesi di essere incinta o di aver partorito da meno di sei mesi ad avere il differimento obbligatorio dell'esecuzione della pena aveva comunque la facoltà di poter richiedere di espiare la stessa in detenzione domiciliare. In tal senso v. M. Canapa e S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 236-237

³⁰⁶ V. M. Romano e G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. 2, Giuffrè, Milano, 1990, pag. 347

seconda della volontà del condannato: avere un provvisorio stato di libertà o continuare ad espiare ugualmente la pena però in forma di detenzione domiciliare.³⁰⁷

2.2 ... (segue) *dopo la riforma*

Di seguito alla l. 663/1986 e alle successive modifiche è giunta la legge **n. 165 del 14 Giugno 1998** (*legge “Simeone”*) la quale, fra i vari interventi, ha introdotto il **comma 1 *ter*** nell’art. **47 *ter*** o.p.

Nella proposta di legge che aveva presentato il deputato Simeone il 9-04-1996, così come nel testo che la II Commissione (Giustizia) procedette ad elaborare per poi essere successivamente approvato dalla Camera dei deputati, non si faceva alcun riferimento a tale norma. Durante la discussione del testo in Senato si provvide con l’art. 4 all’inserimento nell’art. 47 *ter* del comma 1 *ter* dove si autorizza, ancora oggi, il tribunale di sorveglianza a poter applicare la detenzione domiciliare nei confronti di quei condannati che si trovino nelle ipotesi previste dagli artt. 146 e 147 c.p. anche laddove la pena da scontare (o la parte residua di una pena maggiore) abbia superato quella consentita al comma 1 dell’art. 47 *ter* (termine che invece veniva preso in considerazione ai fini del riconoscimento della detenzione domiciliare, il quale inizialmente risultava di tre anni per poi in seguito essere portato dal Senato a quattro anni). Al giudice è comunque richiesto di stabilire un termine alla durata della misura penitenziaria (il quale potrebbe essere anche

³⁰⁷ V. L. Cesaris *La detenzione domiciliare con modalità alternative all’esecuzione penitenziaria*, in V. Grevi, *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, CEDAM, Padova, 1994 p. 347

prorogato) e il periodo trascorso dal reo in detenzione domiciliare è considerato come espiazione della pena.

Il progetto di legge, contenente all'art. 4 la norma 47 *ter* con il nuovo comma 1 *ter* e le altre modifiche ad essa riferite³⁰⁸, giunse di nuovo alla Camera dei deputati il quale prese atto delle novità introdotte dal Senato. In sede di discussione presso la II commissione si avanzò, tra le tante correzioni, un emendamento riguardante il comma 1 *ter* dell'art. 47 *ter*. Questo emendamento fu presentato dai deputati Copercini, Gambato, Borghezio e Signorini e aveva per oggetto la proposta di sopprimere la dicitura “*anche se la pena supera il limite di cui al comma 1*”³⁰⁹. La Commissione respinse tale modifica e presentò il testo elaborato alla Camera dei deputati. In Aula venne di nuovo riproposto dagli stessi deputati l'emendamento che era già stato avanzato in commissione ma questa volta uno di questi (Copercini), non essendo sicuro dei presupposti che ne stavano a fondamento, lo ritirò.³¹⁰ La Camera dei deputati ripropose al Senato, limitatamente al testo dell'art. 47 *ter* comma 1 *ter* o.p., quanto già disposto in precedenza. L'*iter* si concluse con l'ulteriore consenso da parte del Senato.

A fondamento dell'immissione nell'art. 47 *ter* del comma 1 *ter* vi era l'idea di introdurre una nuova disciplina che mettesse fine a quei problemi e a quelle

³⁰⁸ Tali modifiche erano: l'estensione della pena massima da tre a quattro anni; nel punto a) l'età della prole fu aumentata da cinque a dieci anni e infine l'introduzione di un quinto punto riguardante la possibilità di concedere la detenzione domiciliare anche al padre con prole di età inferiore di dieci anni con lui convivente e su cui è titolare della patria potestà nell'ipotesi in cui la madre sia morta o impossibilitata in modo assoluto nel dare assistenza ai figli, in riconoscimento di quanto aveva disposto la Corte Costituzionale con la sentenza n. 215/1990. Queste novità introdotte dal Senato anche se poi in seguito confermate nel testo definitivo della legge n. 165/1998 furono oggetto alla Camera di critiche da parte di alcuni deputati. In tal senso v. Cfr. Atti parlamentari, Camera dei deputati, XIII, *Relazione della II commissione permanente della seduta del 23 aprile 1998*, pag. 6 e Cfr. Atti parlamentari, Camera dei deputati, XIII, *Discussioni sulle linee generali della seduta del 27 aprile 1998*, pag. 50, 53, 55, 59, 64, 70, 76.

³⁰⁹ Cfr. Atti parlamentari, Camera dei deputati, XIII, *Resoconto della II Commissione della seduta del 30 settembre 1997 (Allegato 1)*, pag. 24

³¹⁰ Cfr. Atti parlamentari, Camera dei deputati, XIII, *Resoconto della seduta del 28 aprile 1998*, pag. 54

difficoltà di coordinamento che prima dell'entrata in vigore della l. 165/1998 avevano caratterizzato il rapporto tra la detenzione domiciliare e il rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena nelle ipotesi in cui risultavano essere coincidenti.

Il rinvio obbligatorio e facoltativo costituisce per il condannato, di fronte a particolari situazioni indicate rispettivamente agli artt. 146 e 147 c.p., un modo per non eseguire la pena risultando, soprattutto quando questa non espiatione diventi a tempo indeterminato, non sempre accettabile: la detenzione domiciliare si presenta come una misura in grado di bilanciare l'esigenza di espiare la pena (consentendo, a differenza del rinvio sia obbligatorio che facoltativo, la possibilità di poter sottrarre il periodo in cui il detenuto si trovava oggetto di detenzione domiciliare dal totale della pena a cui era stato condannato) con la necessità di evitare un trattamento disumano.³¹¹ L'art. 47 *ter* infatti consiste in una figura intermedia tra l'espiatione della pena in carcere e la libertà senza alcun limite riconosciuta dal rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena³¹². Questa disposizione tende a colmare la lacuna della previgente normativa posto che risulterebbe una disciplina idonea nei riguardi di quei detenuti per cui si dubitava, a causa della loro particolare natura, se riconoscergli o meno la piena libertà che il rinvio obbligatorio o facoltativo gli avrebbe concesso³¹³.

³¹¹ Anche il relatore della commissione di giustizia del Senato nella seduta del 18 settembre 1997 sosteneva che la detenzione domiciliare fosse una misura in grado di far conciliare l'esigenza di tenere sotto controllo la domanda di rinvii con quella di garantire l'espiatione della pena. V. Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XIII, *Resoconto stenografico della seduta del 18 settembre 1997*, pag. 23

³¹² V. Cass. Sez. I, 27 novembre 1991, Alampi, in *Cass. pen.* 1993

³¹³ In tal senso v. Cass. Sez. I, 7 dicembre 1999, Saraco, in *Cass. pen.* 2000, pag. 3436

Il potere discrezionale riconosciuto dall'art. 47 *ter* comma 1 *ter* o.p. al tribunale di sorveglianza è “*eccezionalmente ampio*”³¹⁴ e l'applicazione della detenzione domiciliare può essere da lui applicata “*ex officio ed indipendentemente da una richiesta in tal senso dell'interessato*”³¹⁵ e “*senza che sia necessario un giudizio di prevalenza del differimento sulla misura alternativa a condizione che sia compiuta una idonea valutazione della compatibilità della misura stessa con la condizione legittimante il rinvio rappresentata dal condannato*”³¹⁶.

In tutte le ipotesi in cui si pone la possibilità di applicare entrambe le misure, la concessione della detenzione domiciliare è disposta quando si ritiene che “*il condannato sia in grado di partecipare consapevolmente al processo rieducativo*” e vi sia “*un margine di pericolosità sociale che faccia ritenere ancora necessario un controllo da parte dello Stato*”³¹⁷.

Al giudice è richiesta una duplice valutazione: da un lato dovrà verificare la presenza dei presupposti sulla base dei quali si legittima l'applicazione del rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena, di seguito, laddove l'esito dell'accertamento risulti essere positivo dovrà decidere “*eventualmente la detenzione in alternativa della sospensione della esecuzione, qualora ricorrano ragioni particolari*”³¹⁸. Secondo la giurisprudenza, in assenza di presupposti predeterminati *ex lege*, la scelta se applicare il rinvio o la misura penitenziaria dovrà

³¹⁴ V. Cass. Sez. I, 17 luglio 1999, Hass, in *Riv. pen.* 2000, pag. 181

³¹⁵ V. Cass. Sez. I, 19 marzo 2001, Gabrielli, in *Cass. pen.* 2002, pag. 1797-1798 **di contro** in passato, nella sentenza della Corte di cassazione sez. I, 29 aprile 1996, Passavanti, in *Cass. pen.* 1997, pag. 2453-2454 si precludeva al giudice di disporre di ufficio l'applicazione della detenzione domiciliare quando il condannato fosse affetto da AIDS ad un livello tale da risultare incompatibile con l'espiazione della pena in carcere e che per il quale si prevedeva il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena.

³¹⁶ V. Cass. Sez. I, 20 maggio 2004, Trjkovic, in *Giust. pen.*, 2005, pag. 310

³¹⁷ V. Cass. Sez. I, 9 febbraio 2011, Tinelli, in *Riv. pen.* 5/2012, pag. 560-561 (è stata ripresa da tale rivista la frase in corsivo virgolettata che precede tale nota)

³¹⁸ V. Cass. Sez. I, 28 gennaio 2000, Ranieri, in *Cass. pen.* 2001, pag. 2493-2494

basarsi su *“qualsiasi ragione che abbia una certa pregnanza sul piano delle caratteristiche del reo e delle sue condizioni personali e familiari (età, condizioni di salute, esistenza o meno di garanzie di affidabilità, compatibilità degli interventi terapeutici con il regime carcerari, e così via) o sul piano della gravità e durata della pena da scontare”*³¹⁹.

Si asserisce che in presenza di una malattia sicuramente grave del ristretto, il *“giudice non è tenuto automaticamente a concedere il rinvio dell’esecuzione della pena per ragioni di salute, ovvero la misura della detenzione domiciliare in casa di cura, dovendo invece verificare se la situazione patologica sia congruamente fronteggiabile in ambiente carcerario, senza che ciò vada a contrastare con il basilare senso di umanità e impedisca il normale regime trattamentale”*³²⁰. Inoltre la condizione di salute incompatibile con lo stato detentivo in grado di dare una giustificazione al riconoscimento di una di queste misure *“non è limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita, dovendosi avere riguardo ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare una situazione di esistenza al di sotto di una soglia di dignità da rispettarsi pure nella condizione di restrizione carceraria”*³²¹. Nell’ipotesi in cui il detenuto faccia richiesta per motivi di salute del rinvio dell’esecuzione della pena o della detenzione domiciliare e il giudice rigetti tale domanda per mancanza delle condizioni per applicare la misura codicistica, quest’ultimo non sarebbe tenuto a dare alcuna motivazione sul diniego anche della detenzione domiciliare: infatti, posto che l’attuazione di quest’ultima si

³¹⁹ V. Cass. Sez. I, 17 luglio 1999, Hass, in *Riv. pen.* 2000, pag. 181

³²⁰ V. Cass. Sez. I, 24 giugno 2008, Comisso, in *Cass. pen.* 6/2009, pag. 2616 riguardante un detenuto affetto da esiti di interventi per adenocarcinoma

³²¹ V. Cass. Sez. I, 8 maggio 2009, Aquino, in *Cass. pen.* 4/2010, pag. 1650

basi sulla presenza dei presupposti necessari per l'applicazione del differimento, il non riconoscimento del rinvio testimonierebbe l'assenza di quelle condizioni, legittimando così anche la non applicazione della misura penitenziaria.³²²

La norma dispone, però, che la concessione della detenzione domiciliare sia temporanea ovvero debba essere apposto un termine (che potrà essere oggetto di proroga) alla cui scadenza la situazione dovrà essere riconsiderata³²³.

Nei riguardi della misura penitenziaria prevista dall'art. 47 *ter* comma 1 *ter* o.p. non opera il divieto di concessione della detenzione domiciliare a coloro che abbiano compiuto reati rientranti nell'art. 4 *bis* o.p.³²⁴ né il divieto di concessione di benefici al condannato al quale sia stata revocata la misura alternativa³²⁵: si estendono così per analogia le condizioni applicative degli artt. 146 e 147 c.p.³²⁶.

La giurisprudenza ha sottolineato che la concessione da parte del tribunale di sorveglianza della detenzione domiciliare al condannato, che si trovi in una delle ipotesi che potrebbe giustificare il rinvio dell'esecuzione della pena, non risulta una misura contraria al senso di umanità, in quanto garantirebbe al reo la possibilità di continuare ad espiare la pena non in carcere ma nel proprio ambiente familiare e di

³²² V. Cass. Sez. I, 25 ottobre 2007, Pandolfo, in *Riv. pen.* 7-8/2008, pag. 814

³²³ V. Cass. Sez. I, 26 maggio 1999, Nezi, in *Cass. pen.* 2000, pag. 3435-3436

³²⁴ In tal senso v. Cass. Sez. I, 19 febbraio 2001, Mangino, in *Cass. pen.* 2002, pag. 2491 dove si stabiliva infatti che la preclusione dell'art. 4 *bis* o.p. prevista per la concessione della detenzione domiciliare non operava nell'ipotesi in cui il condannato fosse affetto da una grave infermità fisica per il quale, pur avendo diritto al rinvio facoltativo, gli veniva concesso la misura penitenziaria ai sensi dell'art. 47 *ter* comma 1 *ter* o.p. che in tale fattispecie “*costituisce un contemperamento tra le esigenze di tutela della collettività (in relazione alla pericolosità del soggetto) e il rispetto del principio di umanità della pena, sotto il profilo della sua abnorme afflittività*”

³²⁵ Così disponeva la Cass. Sez. I, 28 febbraio 2008, P.G. in proc. Squeo, in *Riv. pen.* 11/2008, pag. 1206 riguardo la detenzione domiciliare disposta in alternativa al rinvio dell'esecuzione della pena nei confronti di un condannato affetto da una grave infermità fisica

³²⁶ In tal senso v. Cass. Sez. I, 7 dicembre 1999, Saraco, in *Cass. pen.* 2000, pag. 3436

curare la propria salute³²⁷: si tratta di una modalità esecutiva meno afflittiva della detenzione carceraria e più vantaggiosa per il condannato.

Ai fini di bilanciare le esigenze del detenuto e quelle della collettività, l'art. 47 *ter* o.p. dispone al tribunale di sorveglianza la possibilità di applicare al condannato, oggetto della detenzione domiciliare, delle limitazioni sulla base dell'art. 284 c.p.p. al fine di ridurre quegli spazi di libertà che con tale misura penitenziaria risulterebbero già scarsi³²⁸.

Si dispone che ai fini della revoca della detenzione domiciliare, concessa in luogo al rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena per motivi di salute, occorrerebbe valutare “*comparativamente le esigenze di tutela della collettività con quelle del rispetto del principio dell'umanità della pena*”³²⁹: la condotta dell'imputato potrebbe essere motivo di revoca della misura penitenziaria e di conseguenza una limitazione del suo diritto alla salute quando comparando la sua patologia con i comportamenti addebitatogli questi si ravvisino “*assolutamente incompatibili con una situazione diversa dalla detenzione in carcere*”³³⁰.

Passiamo ad analizzare il rapporto tra la detenzione domiciliare e il rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena nelle singole ipotesi contenute negli artt. 146 e 147 c.p.

³²⁷ In tal senso v. Cass. Sez. I, 12 giugno 2000, Sibio, in *Cass. pen.* 2001, pag. 3530 ss. dove si stabiliva che il giudice potrebbe disporre la detenzione domiciliare nei confronti del detenuto che pur essendo affetto da un grave stato di salute ciò non lo priverebbe di partecipare al processo rieducativo e laddove risultasse avere anche un certo grado di pericolosità si potrebbe rendere necessario mantenere sempre un piccolo controllo da parte dello Stato. V. anche Tribunale di sorveglianza di Firenze, 5 febbraio 2002, Veshaj, in *Foro It.* 2002, pag. 309 ss. il quale riconobbe al detenuto, affetto da una serie di patologie che l'avrebbero portato alla cecità assoluta e per questo avente diritto al rinvio facoltativo ai sensi dell'art. 147 comma 1 n. 2 c.p., l'applicazione della detenzione domiciliare per un anno, tempo risultato idoneo per le caratteristiche della malattia di cui risultava affetto.

³²⁸ V. G. Conso e V. Grevi, *Commentario breve al nuovo codice di procedura penale*, CEDAM, Padova, 2005, pag. 2361

³²⁹ V. Cass. Sez. I, 21 agosto 2008, Sposato, in *Riv. pen.* 6/2009, pag. 741

³³⁰ V. Cass. Sez. I, 10 gennaio 2011 n. 585, S.P.G., in *Dir. pen. e proc.* 3/2011, pag. 298

Partendo dalle fattispecie indicate nell'art. 146 c.p. al giudice è attribuita, di fronte ad una donna incinta o ad una madre di un infante di età inferiore ad un anno, la possibilità di valutare il caso concreto e decidere se ricorrere alla detenzione domiciliare o al rinvio obbligatorio (art. 146 comma 1 nn. 1 e 2 c.p.)³³¹, scelta che sembrerebbe possibile anche nei confronti dei detenuti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'art. 286 *bis* comma 2 c.p.p. ovvero da altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultino incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative per i quali è prevista la possibilità di applicare il differimento dell'esecuzione della pena (art. 146 comma 1 n. 3 c.p.).³³²

Questa discrezionalità nel decidere quale misura applicare, riconosciuta al tribunale di sorveglianza, è prevista anche in relazione all'ipotesi in cui il detenuto abbia presentato domanda di grazia entro sei mesi dal momento in cui la sentenza sia

³³¹ V. V. F. Fiorentin, *op. cit.*, pag. 491

³³² V. F. Fiorentin, *op. cit.*, pag. 491 e V. G. Marinucci, E. Dolcini e G. L. Gatta, *op. cit.*, 1799 dove asserisce che un problema di sovrapposizione riguardante la fattispecie contenuta nell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. si è creata in seguito anche con l'art. 47 *quater* o.p., introdotta nell'ordinamento penitenziario con la l. 12 luglio 1999 n. 231. Tale norma dispone la possibilità di ricorrere alla detenzione domiciliare o affidamento in prova al servizio sociale (rispettivamente artt. 47 e 47 *ter* o.p.), oltre i limiti di pena previsti per tale misure, anche nell'ipotesi in cui il detenuto fosse affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'art. 286 comma 2 c.p.p. e che avessero in corso o intendessero intraprendere un programma di cura e assistenza presso apposite strutture. L'introduzione di questo articolo avvenne con la stessa logica che aveva portato ad inserire con l'art. 4 della l. 165/1998 l'art. 47 *ter* comma 1 *ter* o.p. cioè quello di garantire, in questo caso, a coloro che fossero affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria una modalità esecutiva della pena che non fosse afflittiva come la detenzione carceraria ma che al contempo non facesse venire meno la pretesa punitiva come invece succederebbe se si ricorresse al differimento. Come l'art. 47 *ter* comma 1 *ter* o.p. anche con l'art. 47 *quater* o.p. si presentò lo stesso problema, in quanto trovava applicazione in ipotesi per cui poteva essere riconosciuto anche il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena in virtù dell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. e la legge non indicava nessun criterio da dover prendere in considerazione nella scelta. Tuttavia il potere discrezionale che viene riconosciuto al tribunale di sorveglianza nella scelta si ritiene debba sottostare agli stessi presupposti che vengono presi in considerazione quando si venga a trovare di fronte a fattispecie per le quali troverebbero attuazione sia la detenzione domiciliare che il rinvio obbligatorio o facoltativo: si deve privilegiare l'applicazione delle misure alternative laddove il condannato possa essere ancora oggetto di un percorso risocializzante.

divenuta irrevocabile (art. 147 comma 1 n. 1 c.p.)³³³, il cui giudice è chiamato anche d'ufficio, a valutare la possibilità di applicare, in luogo al rinvio, la detenzione domiciliare³³⁴ e di fronte ad una madre con prole di età inferiore a tre anni (art. 147 comma 1 n. 3 c.p.).³³⁵

Infine, oggetto di una trattazione più dettagliata da parte della giurisprudenza, l'ipotesi indicata all'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. La detenzione domiciliare e il differimento facoltativo, di fronte ad un detenuto affetto da una grave infermità fisica, presentano una diversa finalità in quanto, la prima ha l'obiettivo di garantire il reinserimento sociale del condannato mentre, la seconda è volta ad evitare che l'espiazione della pena possa essere effettuata a danno della salute di quest'ultimo e in violazione al principio per cui il trattamento non deve essere contrario al senso umano. Il tribunale di sorveglianza chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di rinvio per grave infermità fisica dovrà valutare se *“le condizioni di salute del condannato siano o meno compatibili con le finalità rieducative della pena e le possibilità concrete di reinserimento sociale conseguenti alla rieducazione”*. Una volta compiuta questa valutazione il giudice dovrà procedere, tenendo conto del tipo di infermità e di un eventuale prognosi infausta *quoad vitam* a breve scadenza, ad applicare il rinvio facoltativo quando *“l'espiazione di una pena appaia contraria al senso di umanità per le eccessive sofferenze da esso derivanti, ovvero appaia priva di significato rieducativo in conseguenza dell'impossibilità di proiettare in un futuro gli effetti della sanzione sul condannato”*, mentre riconoscerà l'esecuzione della pena in detenzione domiciliare quando *“le condizioni di salute, pur*

³³³ V. Cass. Sez. I, 10 gennaio 2000, Belleggia, in *Cass. pen.* 2001, pag. 2493

³³⁴ V. Cass. Sez. I, 24 novembre 2009, Basciu (RV245552), in *Riv. pen.* 11/2010, pag. 1156

³³⁵ V. F. Fiorentin, *op. cit.*, pag. 33

*particolarmente gravi, non avranno presentato le suddette caratteristiche di sofferenza o di prognosi infausta e richiedono i contatti con i presidi sanitari territoriali”*³³⁶. Si afferma che il rinvio facoltativo non trova applicazione e di conseguenza neanche la detenzione domiciliare di fronte ad una malattia psichica o psichiatrica che non comporti una grave infermità fisica³³⁷: la detenzione domiciliare può essere attuata quando l’istanza del rinvio abbia per oggetto una *“sindrome depressiva che influenza negativamente il decorso di una grave cardiopatia ischemica in condizioni di salute particolarmente gravi tali da richiedere costanti contatti con i presidi sanitari territoriali”*³³⁸. La revoca della detenzione domiciliare applicata in luogo all’art. 147 comma 1 n. 2 c.p. *“è subordinata all’accertamento della compatibilità dello stato di salute con la detenzione carceraria”*.³³⁹

Si può affermare che come nel periodo precedente alla l. n. 165/1998 la dottrina propendeva all’applicazione del rinvio obbligatorio e facoltativo della pena solo quando la detenzione domiciliare non potesse trovare applicazione riconoscendo così a quest’ultima misura una generica prevalenza sugli artt. 146 e 147 c.p. anche dopo la riforma, con l’ingresso del comma 1 *ter* nell’art. 47 *ter*, *“il Tribunale deve disporre il rinvio solo quando non ritenga di dovere, o potere, in concreto, disporre la misura alternativa”*³⁴⁰.

³³⁶ V. Cass. Sez. I, 15 novembre 1999, Di Girolamo, in *Riv. pen.* 2000, pag. 404 (sono riprese da questa sentenza le frasi in corsivo virgolettate che precedono tale nota)

³³⁷ V. Cass. Sez. I, 15 aprile 2004, Petruolo, in *Cass. pen.* 2005, pag. 3366 e v. Cass. Sez. F, 26 agosto 2010, n. 32365, Radulovic, in *Riv. pen.* 10/2011, pag. 1049 dove si dispone che le turbe psicologiche che non consistano in una grave infermità fisica non giustificano il ricorso al differimento dell’esecuzione della pena.

³³⁸ V. Tribunale di sorveglianza di Milano, 3 aprile 1997, Pillitteri, in *Foro it.* 1998, pag. 33- 47-48-49-50

³³⁹ V. Cass. Sez. I, 20 dicembre 2010, Villafranca, in *Riv. pen.* 2/2012, pag. 234

³⁴⁰ V. Cass. Sez. I, 17 novembre 1999, Brunello, in *Giust. pen.* 2000, pag. 651

CAPITOLO IV

UNA RECENTE PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Sommario: 1. Il problema del sovraffollamento carcerario e la “*sentenza pilota*” della Corte Edu – 2. Il rinvio dell’esecuzione della pena come possibile soluzione al sovraffollamento carcerario – 2.1 Le ordinanze del Tribunale di sorveglianza di Venezia e di Milano – 2.2 Riflessioni sul “*rimedio preventivo*” avanzato dalle ordinanze di rinvio – 3. L’intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 279/2013

1. IL PROBLEMA DEL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO E LA “SENTENZA-PILOTA” DELLA CORTE EDU

Il sovraffollamento carcerario è una piaga che affligge da anni le carceri italiane e attualmente, fino al 30-04-2014, le strutture carcerarie ospitavano 59.683 detenuti quando i posti disponibili erano solo 49.091³⁴¹.

Questo fenomeno deriva dal ricorrere sempre di più alla pena detentiva per reprimere i reati: la conseguenza è di avere carceri con un numero di detenuti

³⁴¹ Il numero dei detenuti presenti nel carcere è comprensivo anche dei detenuti presenti in semilibertà. I dati sono disponibili sul sito www.giustizia.it

maggiore a quella che sarebbe la naturale capienza non assicurando così quei diritti che a quest'ultimi spetterebbero³⁴².

L'intollerabilità di questa condizione carceraria ha portato l'Italia ad essere condannata dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo: con la **sentenza Sulejmanovic v. Italia** del 16-07-2009 e successivamente con la **sentenza Torreggiani ed Altri c. Italia** dell'8-01-2013.

Con la sentenza Sulejmanovic v. Italia, la Corte di Strasburgo aveva condannato l'Italia per la violazione dell'art. 3 CEDU dove si stabiliva il divieto assoluto di sottoporre i detenuti a tortura e a pene o trattamenti inumani o degradanti, imponendole il pagamento di un risarcimento a favore dell'istante di 1000 euro per danni morali. Si trattava, in particolare, di una situazione limitata al breve periodo in cui il condannato era stato costretto nel carcere di Rebibbia a condividere con altri cinque detenuti una cella di 16,20 m² andando così ad avere uno spazio individuale di 2,70 m², inferiore al limite - 3 m² - che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo aveva stabilito, ritenendo che ogni valore al di sotto di esso, costituisse una violazione dei diritti del detenuto.³⁴³

Quasi quattro anni dopo è intervenuta la sentenza Torreggiani ed Altri c. Italia, la quale trae origine da sette ricorsi effettuati da condannati che si trovavano collocati nei carceri di Busto Arsizio e di Piacenza. Questi detenuti sostenevano che vi fosse

³⁴² Cfr. L. Uccello Barretta, *Il sovraffollamento carcerario tra protezione dei diritti fondamentali e discrezionalità legislativa* (nota a Cort. Cost. n. 279/2013), in www.associazionedeicostituzionalisti.it (osservatorio costituzionale Marzo 2014)

³⁴³ Questa sentenza deriva da un ricorso presentato il 4 luglio 2003 da un cittadino della Bosnia Erzegovina contro la Repubblica italiana che affermava di trovarsi ad espiare la pena in condizioni carcerarie contrarie a quanto risultava disposto dall'art. 3 CEDU: sosteneva di essere detenuto in una cella le cui dimensioni non consentivano di avere uno spazio individuale che non fosse inferiore ai 7 m² previsti dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT) e di non aver potuto godere della possibilità di lavorare in carcere contribuendo così ad aggravare i suoi malesseri. V. Corte europea dei diritti dell'uomo seconda sezione caso Sulejmanovic c/Italia (ricorso n. 22635/03), in *Rass. Penit. e crim.* 2009/2, pag. 177 ss.

stata violazione dell'art. 3 CEDU: erano stati collocati in celle che, ospitando già due persone, offrivano a ciascuno uno spazio individuale inferiore ai 3 m² (superficie che risultava essere ulteriormente ridotta dalla presenza del mobilio), vi era mancanza di acqua calda e infine, riguardo ai ricorrenti che si trovavano nel carcere di Piacenza, la stanza non risultava essere sufficientemente illuminata per le barre metalliche che erano state apposte alle finestre.³⁴⁴ La Corte di Strasburgo, dopo aver rigettato le due eccezioni³⁴⁵ apposte dal Governo italiano avverso le richieste dei ricorrenti, aveva qualificato questa sentenza come una “**sentenza pilota**”³⁴⁶ in quanto riteneva che alla base del sovraffollamento delle carceri italiane vi fosse “*l'esistenza di problemi strutturali*” e che fosse necessario indicare “*le misure o le azioni particolari che lo Stato convenuto dovrà adottare per provi rimedio*”³⁴⁷: il problema del sovraffollamento non riguardava solo i ricorrenti ma vi era un numero sempre più crescente di procedimenti sollevati per la violazione dell'art. 3 CEDU. Mentre nel 2009 la sentenza Sulejmanovic v. Italia si era solo limitata a constatare “*una grave anomalia nel funzionamento del sistema*”

³⁴⁴ V. Corte europea dei diritti dell'uomo seconda sezione caso Torreggiani e altri c/Italia, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2013/2, pag. 927-928

³⁴⁵ Il Governo italiano appose avverso i ricorsi l'eccezione relativa al *difetto della qualità della vittima* (in quanto riteneva che i ricorrenti non potessero essere considerati vittime poiché dopo la presentazione dei loro ricorsi alcuni erano stati scarcerati e altri invece trasferiti in altre celle) e del *mancato esaurimento dei ricorsi interni* (in quanto i condannati avevano ommesso di effettuare il reclamo al magistrato di sorveglianza in base agli art. 35 e 69 o.p. che lo stesso governo riteneva essere un istituto accessibile e in grado di dare decisioni che risultassero vincolanti e capaci di migliorare le condizioni dei detenuti). Entrambe furono respinte dalla Corte dando la seguente giustificazione: per quanto riguarda la prima eccezione sosteneva che il detenuto perdesse la qualifica di vittima solo nel momento in cui l'autorità nazionale riconosceva la violazione della Convenzione (sia esplicitamente che implicitamente) e ne apportava rimedio mentre per la seconda affermava che i ricorsi interni dovessero essere effettivi cosa che invece mancava a tali rimedi (infatti un ricorrente che si era avvalso di questa facoltà e aveva ottenuto un'ordinanza favorevole alla fine non ne aveva visto attuazione da parte dell'amministrazione penitenziaria). V. Corte europea dei diritti dell'uomo seconda sezione caso Torreggiani e altri c/Italia, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2013/2, pag. 935-936-937-938

³⁴⁶ La procedura è indicata nel Regolamento della Corte all'art. 61 e trova fondamento nell'art. 46 della CEDU dove si dispone che le parti contraenti si devono impegnare a conformarsi a quelle sentenze definitive della Corte che avevano per oggetto controversie dove risultano esserne parti. Cfr. www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ITA.pdf e www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf

³⁴⁷ V. Corte europea dei diritti dell'uomo seconda sezione caso Torreggiani e altri c/Italia, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2013/2, pag. 943 (è ripresa da questo testo la frase in corsivo virgolettata che precede tale nota)

penitenziario italiano”³⁴⁸ la sentenza *Torreggiani ed Altri c. Italia* ne aveva appurato invece un “*cronico disfunzionamento*”³⁴⁹.

La Corte di Strasburgo affermava che i rimedi fino ad allora impiegati dall’Italia per contrastare questo fenomeno avevano avuto un effetto moderato sul sovraffollamento³⁵⁰ disponendo così la necessità da un lato di introdurre misure sia preventive che compensative³⁵¹ (in quanto il detenuto che fosse stato sottoposto ad una condizione detentiva contraria ai principi indicati dall’art. 3 CEDU avrebbe avuto diritto alla cessazione di tale trattamento e ad avere una riparazione dei danni che questo avrebbe subito alla sua dignità)³⁵² e dall’altro l’esigenza di diminuire il numero di persone inserite nella struttura carceraria riducendo sia il ricorso alla misura detentiva sia alla custodia cautelare in carcere³⁵³.

In conclusione la Corte ha confermato che le condizioni a cui erano sottoposti i sette ricorrenti costituivano una violazione dell’art. 3 CEDU (poiché questi avevano

³⁴⁸ Cfr. M. Dova, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2013/2, pag. 949

³⁴⁹ Cfr. M. Dova, *op.cit.*, pag. 949 dove si afferma che il problema del sovraffollamento non riguarda casi sporadici ma numerosi erano i ricorsi intentati dai detenuti per le condizioni disumane e degradanti in cui erano costretti a scontare la loro pena: questo fenomeno è stato definito come una “*violazione strutturale dell’art. 3 CEDU*”

³⁵⁰ Si tratta del “*piano carceri*”; la legge n. 199/2010 detta “*legge svuota carceri*” la quale fino al 31 dicembre 2013 all’art. 1 consentiva al detenuto la possibilità di scontare la pena detentiva non superiore a 12 mesi – anche se parte residua di una maggiore pena – presso la propria abitazione o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, termine che poi è stato esteso a 18 mesi dalla legge n. 211/ 2011 detta “*legge Severino*”. La legge Severino è intervenuta anche nei riguardi del problema “*delle porte girevoli*” prevedendo che gli arrestati dovessero essere collocati presso la propria abitazione o in mancanza presso strutture idonee della polizia giudiziaria oppure in mancanza di entrambe presso la casa circondariale. V. A. Della Bella, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, www.penalecontemporaneo.it (19 dicembre 2013) pag.4-5-6 e v. www.camera.it

³⁵¹ V. E. Frontoni, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte Costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 9/2014, pag. 4 dove si sottolinea l’insufficienza di una tutela solamente risarcitoria poiché non in grado né di fermare una violazione ai danni del detenuto né di consentire un miglioramento dello stato detentivo di quest’ultimo.

³⁵² V. Corte europea dei diritti dell’uomo seconda sezione caso *Torreggiani e altri c/Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2013/2, pag. 944-945

³⁵³ V. E. Frontoni, *op.cit.*, in www.federalismi.it, n. 9/2014, pag. 5

diritto di avere uno spazio personale che non fosse inferiore ai 3 m²)³⁵⁴; ha disposto che l'Italia avrebbe dovuto entro un anno dalla data in cui la sentenza fosse divenuta definitiva individuare i rimedi idonei a riparare i casi di sovraffollamento nel rispetto dei principi disposti dalla Convenzione ed entro tre mesi dalla stessa provvedere a versare degli importi ai detenuti che avevano presentato ricorso. La Corte di Strasburgo ha stabilito che per i ricorsi che non erano ancora stati presentati e che avrebbero avuto come esclusivo oggetto il problema del sovraffollamento, la loro trattazione sarebbe stata sospesa e rinviata di un anno a partire dal giorno in cui la sentenza fosse divenuta definitiva (in modo da poter adottare quelle misure che l'Italia avrebbe dovuto nel frattempo disporre secondo quanto era stato indicato dalla Corte), facendosi salva però la possibilità di dichiarare il ricorso irricevibile o di cancellarlo dal ruolo laddove la questione fosse stata risolta con composizione amichevole fra le parti o con qualunque altro mezzo.³⁵⁵

L'Italia fece ricorso alla Grande Camera della Corte per un riesame della sentenza, che tuttavia venne rigettato e dal 28-05-2013 iniziò la decorrenza del termine di un anno per adempiere a quanto disposto nella sentenza dell'8-01-2013.

2. IL RINVIO DELL'ESECUZIONE DELLA PENA COME POSSIBILE SOLUZIONE AL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO

³⁵⁴ La sentenza Torreggiani e Altri introdusse una distinzione tra “*sovraffollamento*” e “*sovraffollamento grave*”. Per avere violazione dell'art. 3 CEDU occorre nel primo caso prendere in considerazione lo spazio personale che deve essere superiore al limite di 3 m² insieme ad altri elementi come la possibilità di avere l'uso riservato del bagno, l'accesso alla luce e all'aria naturale, il riscaldamento, l'areazione e esigenze sanitarie sufficienti mentre per il secondo era sufficiente che l'area all'interno della cella spettante al singolo detenuto fosse inferiore ai 3 m². La fattispecie oggetto della sentenza in esame rientra nel sovraffollamento grave. In tal senso v. Cfr. L. Uccello Barretta, *op. cit.*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

³⁵⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo seconda sezione caso Torreggiani e altri c/Italia, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, pag. 947

2.1 Le ordinanze del Tribunale di sorveglianza di Venezia e di Milano

Di seguito alla sentenza Torreggiani e Altri c. Italia, il Tribunale di sorveglianza di Venezia e poco dopo il Tribunale di sorveglianza di Milano hanno sollevato, rispettivamente il 13-02-2013 e il 12-03-2013 con due ordinanze (nn. 67³⁵⁶ e 82³⁵⁷), la questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p.

Queste ordinanze sono state l'effetto di istanze poste da due detenuti che, anche se avanzate in tempi diversi, riportano una situazione sostanzialmente identica. Entrambi i condannati si limitarono a denunciare l'esistenza del sovraffollamento nei carceri in cui si trovavano reclusi e che li obbligava ad espiare la pena in condizioni insostenibili andando a compromettere il loro stato psicofisico: essi erano stati collocati in celle le cui dimensioni consentivano per entrambi uno spazio personale inferiore al limite di 3 m² (tenuto conto anche del mobilio), valore che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo considerava limite minimo "vitale" cioè necessario per non incorrere ad un "*trattamento disumano e degradante*"³⁵⁸. Sulla

³⁵⁶ L'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Venezia è stata posta sulla base di un'istanza da parte di un detenuto che era stato condannato per furto, resistenza, falsa attestazione sull'identità propria, guida in stato di ebbrezza, violazione degli obblighi relativi alla sorveglianza speciale ed evasione ad una pena di reclusione e di arresto; era appellante per i reati di violenza privata e per violazione degli obblighi della sorveglianza speciale per cui in sede di appello aveva ottenuto gli arresti domiciliari e infine oggetto di misura di sicurezza della casa lavoro da dover attuare dopo aver scontato la pena. Egli era stato inizialmente recluso nella Casa circondariale di Padova (131 giorni di cui 9 giorni in una cella di 23,09 m² e per 122 giorni in un'altra di 24,58 m², in entrambe il numero dei detenuti che ne facevano parte oscillavano fra i 9/10) per poi essere trasferito nella Casa di reclusione di Padova (la cella in cui si trovava era di 9,09 m² e la divideva con altri due detenuti); in entrambi gli istituti il detenuto aveva a disposizione uno spazio personale inferiore ai 3 m² (rispettivamente di 2,30 m² e 2,45 m² nel primo carcere mentre nel secondo di 2,85 m²). V. ordinanza n. 67 del 18 febbraio 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.16 del 17-04-2013)

³⁵⁷ L'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Milano è stata posta sulla base di un'istanza di un detenuto che era stato condannato ad una pena di reclusione per i reati di associazione mafiosa e sequestro di persona. Egli si trovava collocato presso la Casa circondariale di Monza San Quirico in una cella le cui dimensioni (tenuto conto del mobilio) erano tali da avere diritto ad uno spazio personale inferiore ai 3 m² (la cella era di 11 m² e la divideva con altri due detenuti) e connotata da scarse condizioni igieniche (le pareti erano ricoperte da muffe di diversi colori; il bagno non era arieggiato e di odore sgradevole; non vi era alcun suppellettile per posizionare gli spazzolini da denti o il sapone; il detenuto era costretto a dormire su una brandina posizionata sotto la finestra e quindi oggetto di spifferi d'aria e infine i due compagni con cui divideva la cella erano anziani e malati per cui, non uscendo mai dalla stanza, questa risultava maleodorante e sempre occupata) V. ordinanza n. 82 del 18 marzo 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.18 del 02-05-2013)

³⁵⁸ Quando lo spazio personale risulta essere inferiore a 3 m² si aveva immediata violazione dell'art. 3 CEDU indipendentemente dalla presenza o meno di altre problematiche riguardanti la vita carceraria (come ad esempio

base di questa motivazione avanzarono al magistrato di sorveglianza la richiesta di poter beneficiare in via provvisoria, in attesa di una decisione definitiva da parte dei rispettivi tribunali di sorveglianza, del rinvio facoltativo in virtù della disciplina prevista dall'art. 684 comma 2 c.p.p. Il magistrato di sorveglianza rigettò tale richiesta posto che ambedue non rientravano nello stato di "grave infermità fisica" (situazione inoltre che non avevano neanche segnalato al momento della richiesta del beneficio e neppure risultava essere stata documentata), condizione per cui l'art. 147 c.p. avrebbe potuto trovare applicazione³⁵⁹.

La questione è stata così trasmessa ai tribunali di sorveglianza che, confermando la situazione denunciata dai due detenuti e prendendo atto dell'inaccettabile situazione in cui si trovavano a dover espiare la pena a causa del sovraffollamento, hanno constatato l'inattuabilità nei loro riguardi di qualsiasi misura alternativa³⁶⁰ e l'ineffettività della tutela che doveva essere garantita in tale contesto ai condannati attraverso gli strumenti messi a disposizione ai magistrati di sorveglianza³⁶¹: l'unica

le ore di luce e aria naturale o l'uso riservato del bagno) V. ordinanza n. 67 del 18 febbraio 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.16 del 17-04-2013)

³⁵⁹ Vedi *supra*, capitolo III, paragrafo I, pag. 117 ss.

³⁶⁰ Per quanto riguarda il detenuto oggetto dell'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Venezia non si poteva riconoscergli né la detenzione domiciliare (in quanto dichiarato in sede di appello delinquente abituale e il residuo di pena che doveva ancora scontare risultava superiore ai 18 mesi); né altre misure alternative la cui preclusione derivava dall'applicazione della recidiva reiterante (art. 99 comma 4 c.p.). V. ordinanza n. 67 del 18 febbraio 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.16 del 17-04-2013). Anche nei confronti del detenuto oggetto dell'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Milano non potevano trovare attuazione tali misure in quanto autore di reati, che per la loro natura e per la loro gravità, non consentivano di avere diritto a tale beneficio. V. ordinanza n. 82 del 18 marzo 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.18 del 02-05-2013)

³⁶¹ Nelle ordinanze di remissione si sottolinea che pur prevedendo in capo al magistrato di sorveglianza la tutela dei diritti dei detenuti mediante la misura di reclamo ad essi riconosciuta contro gli atti dell'amministrazione lesivi di questi diritti, questa garanzia in realtà rimane ineseguita a causa della mancanza di un "meccanismo di esecuzione forzata". In tal senso v. A. Gargani, *Trattamento disumano e rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena: verso una sentenza additiva?*, in *Dir. pen. e proc.* 5/2013, pag. 576. Entrambe menzionano la sentenza n. 26/1999 con cui è stata dichiarata l'illegittimità degli artt. 35 e 69 o.p. nella parte in cui non si prevede misure che garantissero una tutela giurisdizionale ai ristretti ma nonostante ciò tale richiesta rimase priva di risposta da parte del Parlamento. Le ordinanze dei giudici *a quibus* sostenevano che anche laddove il detenuto avesse fatto valere il diritto a non essere oggetto di un trattamento disumano senza fare richiesta del differimento dell'esecuzione della pena e il magistrato avesse tutelato questo suo diritto provvedendo a spostarlo in un'altra cella in cui non vi fossero problemi di sovraffollamento sicuramente si sarebbe garantito nella cella *ad quam* un'esecuzione umana ma nella cella *a qua* dove l'Amministrazione penitenziaria avrebbe in un momento

opzione che risultava possibile era il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena previsto dall'art. 147 c.p. Tuttavia i Tribunali di sorveglianza di Venezia e di Milano hanno appurato l'impossibilità di poter ricomprendere, a livello interpretativo, la condizione disumana e degradante, in cui erano chiamati i condannati ad espiare la pena, tra le ipotesi in cui la norma prevedeva la tassativa applicazione del rinvio³⁶², così l'unica soluzione che poteva risultare possibile era ricorrere ad una sentenza additiva da parte della Corte costituzionale³⁶³: i giudici di sorveglianza hanno richiesto alla Corte di non limitarsi a dichiarare costituzionalmente illegittima la norma in generale, ma di effettuare tale pronuncia nella parte in cui non prevede, tra le ipotesi per cui si stabilisce il differimento facoltativo, la fattispecie riguardante il detenuto sottoposto a modalità esecutive della pena contrarie al senso umano.³⁶⁴

La non applicabilità del rinvio facoltativo per la mancanza di questa ipotesi è stata ritenuta da entrambi i tribunali di sorveglianza come una violazione degli artt. 2 e

successivo collocato un altro detenuto al posto del condannato vincente, si sarebbe ripristinata una situazione disumana, posto che la capienza dei carceri risultava essere nettamente inferiore al numero delle persone oggetto di uno stato detentivo. V. ordinanza n. 67 del 18 febbraio 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.16 del 17-04-2013), V. ordinanza n. 82 del 18 marzo 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.18 del 02-05-2013).

³⁶² Le ordinanze di entrambi i tribunali, oltre a riferire l'impossibilità ad ampliare per via analogica le ipotesi per cui si stabilisce la concessione del rinvio facoltativo, prevedano nello specifico che il concetto di "grave infermità fisica" non potesse ricomprendere tra i casi di compromissione dell'integrità fisica anche quelli causati non da uno stato patologico ma da un trattamento detentivo compiuto in violazione dell'art. 3 CEDU, cioè disumano e degradante. V. ordinanza n. 67 del 18 febbraio 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.16 del 17-04-2013) e V. ordinanza n. 82 del 18 marzo 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.18 del 02-05-2013).

³⁶³ Entrambi i tribunali di sorveglianza nelle rispettive ordinanze sottolineano che il differimento dell'esecuzione della pena detentiva (o l'art. 47 *ter* comma 1 *ter* o.p.) rimessa alla discrezionalità del tribunale di sorveglianza sia l'unica misura in grado di "ristabilire una condizione di legalità dell'esecuzione della pena nel caso concreto, mentre tale effetto non potrebbe direttamente avere, ad esempio, un qualsivoglia provvedimento a carattere indulgenziale o deflativo, questo sì riservato al legislatore, di portata generale e applicabile in una pluralità di casi". V. ordinanza n. 67 del 18 febbraio 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.16 del 17-04-2013) e v. ordinanza n. 82 del 18 marzo 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.18 del 02-05-2013).

³⁶⁴ Con l'inserimento nell'art. 147 c.p. della possibilità di concedere il rinvio facoltativo anche nel caso in cui il detenuto fosse oggetto di un trattamento disumano o degradante si sarebbe reso possibile in questa circostanza anche l'applicazione della detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47 *ter* comma 1 *ter* o.p. V. ordinanza n. 67 del 18 febbraio 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.16 del 17-04-2013) e v. ordinanza n. 82 del 18 marzo 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.18 del 02-05-2013).

3 della Costituzione in quanto all'art. 3 comma 1 Cost. si dispone che tutti i cittadini hanno diritto ad avere una pari dignità sociale e ciò viene considerato un diritto inviolabile come previsto dall'art. 2 Cost.³⁶⁵ Anche l'art. 27 comma 1 Cost. risulterebbe leso sia riguardo al principio per cui il trattamento non deve essere contrario al senso umano (una pena che viene espiata in condizioni carcerarie degradanti può essere definita "non pena" e non rispettosa della dignità del reo) sia alla finalità rieducativa (in quanto il detenuto che risulti essere oggetto di un trattamento contrario al senso umano comporta in lui una deresponsabilizzazione e una riduzione del sentimento di colpa venendo di conseguenza meno l'obiettivo rieducativo della pena).³⁶⁶ Infine l'inosservanza del vincolo imposto dall'art. 3 CEDU ha comportato l'infrazione anche dell'art. 117 Cost. (dove si afferma che allo Stato sarebbe aspettata la potestà legislativa ma che questa debba adeguarsi alla normativa comunitaria e agli obblighi internazionali).³⁶⁷ Il Tribunale di sorveglianza di Milano, nell'ordinanza menziona anche l'art. 32 Cost., secondo cui il diritto alla salute deve ricomprendere non solo il diritto dell'infermo a ricevere le cure ma anche quello "*di preservare lo stato di salute in essere*".³⁶⁸

I tribunali di sorveglianza, oltre alle motivazioni dette sopra, hanno appoggiato l'idea del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva come una possibile

³⁶⁵ V. ordinanza n. 67 del 18 febbraio 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.16 del 17-04-2013) e v. ordinanza n. 82 del 18 marzo 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.18 del 02-05-2013)

³⁶⁶ V. ordinanza n. 67 del 18 febbraio 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.16 del 17-04-2013) e v. ordinanza n. 82 del 18 marzo 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.18 del 02-05-2013)

³⁶⁷ V. ordinanza n. 67 del 18 febbraio 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.16 del 17-04-2013) e v. ordinanza n. 82 del 18 marzo 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.18 del 02-05-2013)

³⁶⁸ L'ordinanza provvede anche a fornire una definizione della salute secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità e della Conferenza internazionale della Sanità convocata nel 1946 a New York V. ordinanza n. 82 del 18 marzo 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.18 del 02-05-2013)

soluzione del sovraffollamento menzionando nelle rispettive ordinanze l'esistenza di ordinamenti che in precedenza avevano provveduto ad utilizzare il differimento o la sospensione per riportare l'esecuzione della pena detentiva ad una connotazione legale quando fosse stata oggetto di violazione dell'art. 3 CEDU.³⁶⁹

In conclusione prima il Tribunale di sorveglianza di Venezia e successivamente il Tribunale di sorveglianza di Milano hanno disposto non manifestamente infondata l'illegittimità dell'art. 147 c.p. nella parte in cui non prevede la sua applicazione anche nell'ipotesi in cui l'esecuzione della pena dovesse svolgersi “*in condizioni contrarie al principio di umanità*”³⁷⁰ (e fino a quando tali condizioni non si fossero uniformate ai parametri della legalità costituzionale), prevedendone così l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale³⁷¹.

³⁶⁹ Nei paesi del Nord Europa era già stato posto in essere “*il principio inderogabile del limite massimo di capienza degli istituti penitenziari*”, cioè si era disposto che “*per i reati meno gravi e sulla base di una normativa molto stringente, di evitare la detenzione vera e propria fino a quando si crea un posto negli istituti penitenziari*”. V. ordinanza n. 82 del 18 marzo 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.18 del 02-05-2013) L'8 aprile 2009 la Corte federale della California ordinò allo Stato, sulla base di due ricorsi posti in essere dai detenuti contro le condizioni dei ristretti, di ridurre la popolazione carceraria di 46000 unità entro due anni e il 23 maggio 2011 la Corte suprema degli Stati Uniti provvide a dare conferma a tale provvedimento (l'VIII emendamento della Costituzione degli Stati Uniti infatti vieta l'applicazione di “*pene crudeli ed inusuali*”). V. G. Salvi *La Costituzione non permette questo torto: La corte suprema degli Stati Uniti e il sovraffollamento carcerario*, in *Questione giustizia* n. 6, 2011, pag. 205 ss., v. ordinanza n. 67 del 18 febbraio 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.16 del 17-04-2013). Il 22 febbraio 2011 invece la Corte Costituzionale tedesca stabiliva “*l'obbligo dello Stato di rinunciare immediatamente all'attuazione della pena nel caso di detenzioni non rispettose della dignità umana*”: si asseriva così la priorità del principio di dignità del condannato su quello dell'esecuzione della pena. Per tale motivo la Corte disponeva a fronte di un'istanza di un condannato, il quale lamentava di essere costretto ad espiare la pena in condizioni contrarie al senso umano (si trovava in una cella di 8 m² che condivideva con un altro detenuto fumatore per circa 23 ore al giorno), “*la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva o, a seconda dei casi, alla provvisoria paralisi dell'ordine di carcerazione*”. V. ordinanza n. 82 del 18 marzo 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.18 del 02-05-2013)

³⁷⁰ V. ordinanza n. 67 del 18 febbraio 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.16 del 17-04-2013) e v. ordinanza n. 82 del 18 marzo 2013, in *Gazzetta ufficiale 1° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.18 del 02-05-2013).

³⁷¹ L'obiettivo dei rimettenti era quello di individuare una misura che risultasse idonea a garantire una tutela al detenuto nell'ipotesi si trovasse oggetto di uno stato detentivo contrario al senso umano. V. G. Di Chiara, *Rinvio facoltativo dell'esecuzione, sovraffollamento carcerario e condizioni contrarie al senso di umanità*, in *Dir. pen. e proc.* 2/2014, pag. 150

2.2 Riflessioni sul “rimedio preventivo” avanzato dalle ordinanze di rinvio

Prima della decisione della Corte costituzionale ci sono stati molti commenti sull’iniziativa dei Tribunali di sorveglianza di Venezia e di Milano di introdurre, con sentenza additiva da parte della Corte costituzionale, tra le ipotesi di concessione del differimento facoltativo dell’esecuzione della pena detentiva anche il caso in cui il detenuto si trovasse sottoposto ad un trattamento contrario al senso umano.

Secondo questi l’idea di ricorrere all’art. 147 c.p. come rimedio preventivo avrebbe portato vantaggi: sostenevano che l’applicazione di questa norma “*allargherebbe i casi di detenzione domiciliare, sarebbe sensibile ad eventuali diminuzioni della pressione intramuraria, comporterebbe un intervento giudiziale a carattere discrezionale, capace sui grandi numeri di selezionare per il carcere solo i condannati più pericolosi*”³⁷² i quali comunque otterrebbero ugualmente dei benefici poiché la concessione del differimento per un detenuto provocherebbe di conseguenza un maggior spazio per coloro che sarebbero costretti a rimanere all’interno della struttura carceraria.

Questa iniziativa veniva considerata, secondo certe opinioni, eccessiva rispetto allo scopo che i rimettenti volevano realizzare: vi era chi sosteneva che ciò avrebbe comportato “*un’applicazione «a macchia di leopardo», in termini e con modalità non uniformi per tutti i soggetti detenuti*”³⁷³ (infatti la sua concessione sarebbe stata

³⁷²V. G. Leo, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 novembre 2013

³⁷³ Cfr. F. Fiorentin, *Il rischio è un’applicazione a «macchia di leopardo» con modalità non uniformi su tutti i soggetti detenuti*, in Guida dir. n. 13 del 23 marzo 2013, pag. 26 il quale ritiene che l’ingresso di questa ipotesi nell’art. 147 c.p. possa comportare una sorta di “*indulto mascherato*”. **Di contro** V. A. Pugiotto, *L’Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014, pag. 7 asserisce

subordinata oltre alla presenza dei presupposti richiesti dalla norma, alla discrezionalità del giudice di sorveglianza la quale si sarebbe orientata “*sulla base di coordinate normative e giurisprudenziali*” da dover adattare di volta in volta al caso concreto) e non in grado di risolvere la questione del sovraffollamento poiché si affermava che questo fenomeno “*ha molte cause e viene alimentata da molteplici concorrenti fattori negativi*” per cui la sua rimozione avrebbe dovuto essere effettuata ricorrendo ad una pluralità di rimedi con la conseguenza di poter disporre di “*una articolazione di possibili interventi la cui ampiezza non pare consentire l’individuazione di soluzioni «costituzionalmente obbligate»*”³⁷⁴.

Perplessità si avevano anche riguardo la natura delle situazioni che risultavano essere oggetto delle ipotesi elencate tassativamente (madre con prole di età inferiore a tre anni o persona affetta da una grave infermità fisica) nell’art. 147 c.p. e quella di cui se ne chiedeva l’inserimento con sentenza additiva: infatti l’esecuzione inumana che stava a fondamento della concessione del rinvio facoltativo, per le ipotesi originariamente inserite (situazioni di natura soggettiva), sarebbe risultata collegata alla storia individuale del condannato, legittimato a farne richiesta mentre per l’ipotesi di trattamento disumano e degradante causato dal sovraffollamento (situazione di natura oggettiva) questa sarebbe derivata da problemi organizzativi e logistici della struttura di competenza dell’autorità pubblica.³⁷⁵ Alcuni avevano

invece che il differimento non può essere equiparato ad un indulto camuffato in quanto afferma che a differenza della clemenza “non ha l’automatismo, non opera *erga omnes*, non estingue la pena” ma provvede solo a rinviare il suo inizio nel momento in cui i presupposti, per cui il beneficio era stato concesso, vengono meno.

³⁷⁴ Cfr. F. Fiorentin, *op. cit.*, pag. 26 (sono riprese da questo testo le frasi in corsivo virgolettate che precedono tale nota)

³⁷⁵ Cfr. R. Orlandi, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Q. cost.* 2/2013, pag. 425-426 il quale ritiene che sarebbe risultato inadeguato se la richiesta di rinvio facoltativo fosse provenuta direttamente dal condannato laddove questo si trovi oggetto di un trattamento contrario al senso umano a causa del sovraffollamento (al massimo gli veniva concesso la possibilità di richiedere un risarcimento sulla base della violazione dell’art. 3 CEDU).

avanzato l'idea della necessità che il rinvio o la sospensione dell'esecuzione della pena si dovesse basare su un proprio presupposto (il quale consisteva nell'esigenza che la vita carceraria venisse eseguita in modo conforme all'art. 3 CEDU), su propri criteri di selezione (cioè parametri su cui giustificare la scelta di un detenuto invece di un altro nella concessione del rinvio facoltativo) e avrebbe dovuto utilizzare un modello procedurale fondato sull'iniziativa del pubblico ministero.³⁷⁶

Anche il tipo di rinvio che i giudici *a quibus* avevano indicato nelle rispettive ordinanze come rimedio da impiegare era stato soggetto a commenti. Secondo alcuni pareri successivi a queste ordinanze, il rinvio più idoneo a cui si sarebbe dovuto ricorrere e avrebbe dovuto essere suggerito al posto dell'art. 147 c.p. dai Tribunali di sorveglianza di Venezia e di Milano era l'art. 146 c.p. in quanto:

- inserendo con sentenza additiva l'ipotesi di trattamento disumano e degradante nell'art. 147 c.p. il tribunale di sorveglianza avrebbe potuto decidere discrezionalmente se riconoscere o meno tale beneficio al detenuto. L'idea dell'impiego del rinvio facoltativo, come indicato dai giudici rimettenti, risultava così contraddittoria rispetto anche all'affermazione contenuta nell'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Milano dove si disponeva che l'art. 3 Cedu fosse “una

³⁷⁶ V. R. Orlandi, *op. cit.*, pag. 427-428 il quale dispone che l'iniziativa in capo al pubblico ministero avesse già avuto attuazione da parte del legislatore tedesco: si stabilisce la concessione del rinvio anche laddove la volontà del detenuto fosse contraria e senza possibilità di impugnazione per quest'ultimo. Si ritiene tuttavia che questa previsione non potesse essere compatibile con un ordinamento che si prefissava lo scopo di garantire i diritti dei detenuti per cui si avanzava l'idea di introdurre un possibile art. 147 *bis* c.p. (e eventualmente l'art. 684 *bis* il quale ne regolava l'aspetto processualistico) con cui disporre il potere di concedere o non il beneficio in capo al magistrato di sorveglianza su richiesta del pubblico ministero con possibilità di reclamo presso il tribunale di sorveglianza. A differenza della legislazione tedesca, l'idea era quella di prevedere la possibilità di ascoltare il detenuto in questione riguardo il rinvio stabilendo però, laddove la sua volontà potesse pregiudicare la soluzione al problema del sovraffollamento, la possibilità del giudice di adottare decisione diversa indicandone le motivazioni. V. F. Della Casa, *Il problematico impegno della sospensione dell'esecuzione in chiave «anti-overcrowding»*. *La parola alla Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* Fascicolo 2/2013 (Aprile-Giugno) pag. 1008 dove conferma che il problema del sovraffollamento carcerario, essendo un problema collettivo, deve essere attribuito ad un terzo il quale dovrebbe essere in grado di stabilire a quale detenuto concedere oppure no il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva.

*norma jus cogens, che non prevede alcun tipo di eccezione o deroga in quanto accorda al diritto di non essere sottoposti a tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti una protezione assoluta, non suscettibile di deroga, neppure in caso di guerra o qualora sussista un pericolo pubblico per la nazione o in caso di lotta al terrorismo o al crimine organizzato*³⁷⁷: con l'impiego dell'art. 147 c.p. la difesa sociale sarebbe andata a prevalere sul principio assoluto di non essere soggetto a pene e trattamenti disumani e degradanti³⁷⁸.

- l'art. 147 comma 4 c.p. prevede la possibilità di non concedere il rinvio laddove vi fosse un concreto pericolo che il soggetto potesse compiere un delitto comportando così l'esclusione dell'impiego del differimento facoltativo nei riguardi di quei detenuti socialmente pericolosi.

Con molta probabilità la scelta dei rimettenti di proporre come rimedio preventivo al sovraffollamento il rinvio facoltativo, anziché il rinvio obbligatorio, si appoggiava sull'idea di avere maggiore possibilità che tale proposta trovasse accoglimento da parte della Corte costituzionale in quanto introdurre l'ipotesi di detenuto oggetto di trattamento disumano e degradante nell'art. 146 c.p. poteva creare dubbi sulla sicurezza della collettività mentre con l'art. 147 c.p. al tribunale di sorveglianza si dava la possibilità di valutare caso per caso l'opportunità di stabilire se procedere o meno alla concessione del beneficio con la facoltà di non

³⁷⁷ L'art. 15 comma 2 CEDU infatti stabilisce che non vi sia alcuna deroga all'art. 3 CEDU. V. ordinanza n. 82 del 18 marzo 2013, in *Gazzetta ufficiale I° serie speciale-Corte Costituzionale* (n.18 del 02-05-2013)

³⁷⁸ Cfr. A. Gargani, *op. cit.*, pag. 581 dove si afferma che la preminenza della difesa sociale sul principio di non disumanità della pena non trovava conferma nella Corte costituzionale e nemmeno nella CEDU: occorre che la dignità dell'uomo fosse sottratta da “*qualunque forma di discrezionalità giudiziaria e di bilanciamento di interessi*”. Ciò veniva confermato anche in L. Uccello Barretta, *op. cit.*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it dove si sottolinea che la dignità umana sia indicata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e da quella della CEDU come un “*valore fondamentale non derogabile*” e che riferimenti si potevano trovare anche nella Costituzione italiana (come gli artt. 2, 3, 36, 41, 13 comma 4 e 27 comma 3 Cost.)

riconoscerlo di fronte ad un concreto pericolo che il detenuto potesse commettere un reato.³⁷⁹

Infine limiti all'applicabilità dell'art. 147 c.p. si avevano da un lato riguardo a coloro che si trovavano in custodia cautelare per esigenze di eccezionale rilevanza (la disparità di trattamento che il rinvio comportava tra imputati e condannati segnava la sua incapacità di poter far fronte alla “globalità delle violazioni dell'art. 3 CEDU”³⁸⁰) dall'altro non risultava essere idoneo ad assicurare l'attuazione di quella misura in grado di tutelare i diritti fondamentali e la dignità sociale dei ristretti ovvero, una volta raggiunto il numero massimo dei posti disponibili in carcere, far corrispondere ad ogni detenuto in entrata un detenuto in uscita dall'istituto penitenziario sottoponendo quest'ultimo a detenzione domiciliare o altre misure alternative³⁸¹.

Sulla base di queste motivazioni l'idea era quella che la Corte avrebbe dichiarato l'inammissibilità della sentenza additiva.

3. L'INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE CON LA SENTENZA N. 279/2013

³⁷⁹ Infatti anche la detenzione domiciliare indicata nell'art. 47 *ter* comma 1 *ter* o.p. in luogo al rinvio dell'esecuzione della pena detentiva non risultava essere totalmente in grado di garantire la sicurezza sociale nella circostanza in cui il detenuto fosse connotato da un'alta pericolosità. V. F. Della Casa, *op.cit.*, pag. 1006-1007

³⁸⁰ V. G. Dodaro, *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 CEDU*, in *Q. cost.* 2/2013, pag. 432 il quale evidenzia l'inapplicabilità dell'art. 146 c.p. nei riguardi dei detenuti in attesa di giudizio e v. F. Della Casa, *op.cit.*, pag. 1003-1004 dove ribadisce il fatto che il rinvio sia un rimedio non in grado di incidere sulla totalità delle situazioni detentive che contrastano con l'art. 3 CEDU in quanto sarebbe risultato impossibile per il tribunale di sorveglianza individuare una norma che ricomprendesse sia i detenuti che gli imputati che si trovavano in custodia cautelare in carcere: l'unica soluzione sarebbe stata “la rinuncia a priori a percorrere la strada dell'incidente di legittimità costituzionale”. Tuttavia si asserisce che l'imputato che si trovi in carcere poteva comunque beneficiare degli effetti dell'eventuale sentenza additiva della Corte costituzionale in quanto con il rinvio facoltativo si poteva ottenere una diminuzione dei detenuti consentendo così ai primi la possibilità di migliorare le loro condizioni carcerarie o quanto meno a livello dello spazio disponibile.

³⁸¹ Si tratta di un meccanismo che l'art. 147 c.p. non può porre in essere in quanto concepito come una misura “individuale e atomistica”. V. A. Gargani, *op. cit.*, pag. 581

Le ordinanze del Tribunale di sorveglianza di Venezia e di Milano, posto che hanno sostanzialmente per oggetto la stessa questione, sono state riunite e definite con un'unica pronuncia da parte della Corte costituzionale.

Nel giudizio di fronte alla Corte intervenne sia dell'Associazione VOX-Osservatorio italiano sui diritti e dell'Unione delle Camere penali italiane sia l'Avvocatura generale dello Stato.

L'Associazione ribadiva quanto detto dai giudici rimettenti sostenendo l'illegittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. nella parte in cui non prevede il differimento nei riguardi del detenuto che sia sottoposto ad un trattamento disumano e degradante. Tuttavia il loro intervento avvenne fuori dai termini previsti per il deposito degli atti davanti alla Corte costituzionale per cui la loro posizione fu da questa dichiarata inammissibile.

Riguardo invece all'Avvocatura generale dello Stato essa ha sostenuto l'inammissibilità delle richieste oggetto delle ordinanze dei Tribunali di sorveglianza di Venezia e di Milano in quanto mentre le condizioni su cui si basa l'applicazione dell'art. 147 c.p. risultano essere *“ben precise e connesse a fattori esattamente definiti ed apprezzabili dall'Organo giudicante con precisi riferimenti agli interessi da ponderare”*³⁸², le problematiche indicate dai rimettenti invece appaiono *“prive di riscontri oggettivi e suscettibili di mutamento nel tempo e di elaborazioni meramente discrezionali da parte del soggetto interessato e dell'organo giudicante”* ostacolando la possibilità *“di fondare un giudizio di costituzionalità su una disposizione perfettamente in linea con i precetti*

³⁸² V. Corte Cost., sent. n. 279/2013, in www.cortecostituzionale.it, § 4

costituzionali di riferimento” e inoltre che le istanze sollevate dai due detenuti potevano essere trattate con “mezzi adeguati al sistema, cioè con una diversa disciplina amministrativa della organizzazione dell’istituto di pena, di competenza dell’Autorità prepostavi ed estranea alla potestà giurisdizionale del Tribunale di sorveglianza”. Infine ha disposto che non vi sia stato da parte dei rimettenti un esame critico “degli orientamenti giurisprudenziali che impedirebbero l’applicazione ai casi oggetto dei giudizi principali della disciplina di cui all’art. 147 c.p.”. Queste eccezioni tuttavia sono state considerate inaccettabili perché l’idea che le circostanze indicate dai giudici siano suscettibili di mutamento nel tempo e che le situazioni messe in evidenza dai detenuti potessero essere trattate con rimedi posti in essere dall’Autorità competente “non rileva ai fini dell’ammissibilità delle questioni, che sono finalizzate all’introduzione di un rimedio “preventivo” per i casi in cui l’Amministrazione penitenziaria non sia in grado di assicurare condizioni detentive compatibili con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità”, inoltre entrambi i tribunali ritengono impossibile ricorrere ad “un’interpretazione costituzionalmente conforme sulla base di una ricostruzione della portata della norma censurata aderente al dato letterale e in linea con le indicazioni rinvenibili nella giurisprudenza di legittimità”³⁸³

Decidendo quindi nel merito, la Corte rilevava anzitutto come le questioni che erano state avanzate da entrambi i tribunali con le ordinanze traessero origine dal problema del sovraffollamento carcerario (la quale, come nella sentenza Torreggiani, considerava questo fenomeno un problema di “*carattere strutturale e*

³⁸³ V. Corte Cost., sent. n. 279/2013, in www.cortecostituzionale.it, § 4 (sono riprese da questa sentenza le frasi in corsivo virgolettate che precedono tale nota)

sistematico”³⁸⁴): si trattava di una situazione che non poteva protrarsi ulteriormente poiché in contrasto con i principi sia costituzionali che convenzionali e quindi considerata “intollerabile”.³⁸⁵

La Corte pur prendendo atto del grave problema carcerario, della insostenibilità di una tale situazione e la necessità che il Parlamento si impegnasse ad introdurre al più presto rimedi, ha dichiarato con la **sentenza n. 279 del 9 Ottobre 2013** inammissibile le questione di legittimità costituzionale dell’art. 147 c.p. sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Venezia e di Milano in riferimento agli artt. 2, 3, 27 comma 3 e 117 comma 1 Cost. (quest’ultimo a causa della violazione dell’art. 3 CEDU)³⁸⁶ mettendo in evidenza i seguenti motivi:

- laddove tale beneficio consentisse la diminuzione dei detenuti nell’ambiente carcerario questo avverrebbe “*in modo causale, determinando disparità di trattamento tra i detenuti*” posto che la scelta se concedere o no il beneficio sarebbe stata lasciata alla discrezionalità del tribunale di sorveglianza in assenza di criteri su cui poterla basare “*fino al raggiungimento del numero dei reclusi compatibile con lo stato delle strutture carcerarie*”³⁸⁷
- la finalità rieducativa della pena verrebbe compromessa dal cercare di garantire al detenuto il diritto ad un trattamento conforme al senso di umanità³⁸⁸

³⁸⁴ V. Corte Cost., sent. n. 279/2013, in www.cortecostituzionale.it, § 6

³⁸⁵ In tal senso v. A. Della Bella, *op. cit.*, www.penalecontemporaneo.it (19 dicembre 2013) pag. 10

³⁸⁶ V. Corte Cost., sent. n. 279/2013, in www.cortecostituzionale.it, § 8

³⁸⁷ V. Corte Cost., sent. n. 279/2013, in www.cortecostituzionale.it, § 6 (è ripreso da questa sentenza la frase in corsivo virgolettata che precede tale nota)

³⁸⁸ V. Corte Cost., sentenza n. 279/2013, in www.cortecostituzionale.it, § 7 dove sottolinea che i principi indicati nell’art. 27 Cost. dovessero essere collocati in un contesto “unitario e non dissociabile” in quanto “un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un’azione rieducativa del condannato” e V. A. Pugiotto, *op. cit.*, in www.penalecontemporaneo.it, pag. 6 il quale afferma che la risocializzazione del ristretto non veniva compromessa dall’applicazione del rinvio facoltativo dell’esecuzione della pena ma bensì dalla condizione disumana in cui si trovava a dover espiare la pena.

- non prenderebbe in considerazione la possibilità di un'eventuale dissenso del detenuto a differire l'inizio della pena, il quale *“potrebbe lasciare a lungo aperta la vicenda esecutiva”*³⁸⁹

- ritiene che vi sia l'esistenza di una *“pluralità di possibili configurazioni dello strumento normativo occorrente per impedire che si protragga un trattamento detentivo contrario al senso di umanità”*³⁹⁰ escludendo così l'asserito carattere *“«a rime obbligatorie» dell'intervento additivo sull'art. 147 c.p.”*³⁹¹ e ribadendo *“il rispetto della priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario”*³⁹²; in sintesi aspettava all'organo legislativo provvedere a scegliere lo strumento più idoneo per impedire un trattamento contrario all'art. 3 CEDU

Il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva è stato così considerato dalla Corte come un rimedio estremo da applicare quando tutte le altre misure interne e esterne non trovino attuazione³⁹³.

La Corte nell'affermare la presenza di una pluralità di rimedi a cui poter ricorrere ha colto l'occasione anche di ribadire quanto disposto dalla sentenza Torreggiani³⁹⁴ e di ricordare al legislatore l'importanza e la necessità di disporre misure

³⁸⁹ V. Corte Cost., sent. n. 279/2013, in www.cortecostituzionale.it, § 8 e v. A. Pugiotto, *op. cit.*, in www.penalecontemporaneo.it, pag. 6-7 dove una tale obiezione viene ritenuta una contestazione non alla richiesta proveniente dal Tribunale di sorveglianza di Venezia e di Milano ma bensì *“al meccanismo complessivo degli artt. 146 e 147 c.p.”*

³⁹⁰ V. Corte Cost., sent. n. 279/2013, in www.cortecostituzionale.it, § 8

³⁹¹ V. Corte Cost., sent. n. 279/2013, in www.cortecostituzionale.it, § 8 e v. A. Macchia, *Il problema del sovraffollamento nelle carceri ovvero, aspettando gotod. Note minime attorno alla sentenza della Corte costituzionale n. 279/2013*, in www.rassegnapenitenziaria.it, pag. 223 dove si asserisce che si tratti di un inammissibilità sostanziale poiché riguardava i *“profili contenutistici e non formali del quesito di legittimità devoluto alla Corte”*

³⁹² V. Corte Cost., sent. n. 279/2013, in www.cortecostituzionale.it, § 8

³⁹³ La Corte nella sentenza ribadisce che di fronte all'utilizzo dell'art. 147 c.p. si sarebbe comunque reso necessario dover introdurre criteri da impiegare per individuare i detenuti nei cui confronti tale beneficio poteva essere riconosciuto, al fine di *“tenere anche conto delle esigenze di «difesa sociale»”*. V. Corte Cost., sent. n. 279/2013, in www.cortecostituzionale.it, § 8

³⁹⁴ V. *supra*, pag. 144-145-146-147

“preventive” (volte cioè a garantire una veloce conclusione di trattamenti disumani e degradanti) e “compensative” (in grado di fornire una riparazione reale alle violazioni della CEDU da parte del sovraffollamento)³⁹⁵: infatti la Corte costituzionale nella sentenza provvede anche a fornire al legislatore delle indicazioni sui rimedi preventivi³⁹⁶ da poter introdurre.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 279/2013 si è posta in linea con quanto stabilito dalla Corte di Strasburgo non concedendo alcuna scusante all’inerzia legislativa³⁹⁷; anzi laddove questa fosse risultata eccessiva e non più tollerabile³⁹⁸ non avrebbe escluso un suo intervento visto la particolare e critica situazione che veniva denunciata³⁹⁹.

La decisione presa dalla Consulta sembrerebbe essere stata mossa anche dalla “*delicatezza e il particolare pregio dei beni incisi*”⁴⁰⁰, dal fatto che l’introduzione

³⁹⁵ V. Corte Cost., sent. n. 279/2013, in www.cortecostituzionale.it, § 7

³⁹⁶ La Corte costituzionale nella sentenza parla della possibilità di inserire rimedi preventivi che potevano essere interni o esterni. I rimedi interni possono consistere in uno spostamento del detenuto in un’altra cella o in un altro carcere (la Corte Costituzionale nella sentenza in oggetto evidenzia che con la sentenza n. 266/2009 si era sottolineato che le disposizioni impartite dal magistrato di sorveglianza in virtù dell’art. 69 comma 5 o.p. hanno natura di “*prescrizioni od ordini, il cui carattere vincolante per l’amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue*” e con la sentenza n. 135/2013 si era ribadito che le decisioni prese dalla magistratura di sorveglianza in risposta ai reclami posti in essere dai detenuti a tutela dei loro diritti ai sensi dell’art. 14 ter o.p., “*devano ricevere una concreta applicazione e non possono essere private di effetti pratici da provvedimenti dell’Amministrazione penitenziaria o di altre autorità*” - in tal senso v. sentenza n. 266/2009 al punto 6.3 e sentenza n. 135/2013 punto n. 4.2 in www.giurcost.org - . La sentenza della Corte sostiene così che siano stati superati i dubbi sulla effettività delle decisioni del magistrato di sorveglianza richiedendo comunque al legislatore di intervenire con l’inserimento di misure che vadano a dare una maggiore certezza sull’adempimento delle decisioni prese da quest’ultimo da parte dell’amministrazione penitenziaria). Laddove tali rimedi fossero risultati impraticabili si poteva ricorrere ai rimedi esterni, che possono ricomprendere le misure previste dagli artt. 47 o.p. e seguenti. Per quest’ultimi rimedi i giudici costituzionali hanno affermato la possibilità per il legislatore di provvedere ad impiegarli durante il regime transitorio “*anche in mancanza delle condizioni oggi tipicamente previste*”. V. Corte Cost., sent. n. 279/2013, in www.cortecostituzionale.it, § 7.1, 7.2 e 8

³⁹⁷ V. A. Ruggeri, *Ancora una decisione d’incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Cort. cost. n. 279/2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in www.giurecost.org/studi (2013), pag. 2-3

³⁹⁸ La Corte costituzionale non potendosi sostituire all’organo legislativo provvede con la sentenza n. 279/2013 a dichiarare l’inammissibilità con monito al fine di esortare il Parlamento a adottare provvedimenti in materia. V. L. Uccello Barretta, *op. cit.*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

³⁹⁹ In tal senso v. L. Uccello Barretta, *op. cit.*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it dove si dispone che la Corte costituzionale, nel caso in cui sia nuovamente chiamata a pronunciarsi su una questione di costituzionalità riguardo a questo argomento non si potrebbe sottrarre dal dichiarare l’incostituzionalità.

⁴⁰⁰ Cfr. R. Basile, *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale (sent. n. 279/2013)*, in www.giurcost.org/studi (2014) pag. 13

di questa ipotesi nell'art. 147 c.p. con sentenza additiva non sarebbe servita a risolvere il problema del sovraffollamento (si sosteneva che tale fenomeno oltre a dover essere affrontato a livello normativo con riguardo alle norme del codice che erano volte a promuovere misure che consentissero l'esecuzione della pena fuori dal carcere, sarebbe risultato opportuno intervenire in primo luogo anche sul fronte delle strutture carcerarie al fine di garantire l'espiazione della pena nel rispetto della dignità umana) e inoltre questa decisione sarebbe stata vista come un'ultima opportunità che veniva concessa al legislatore (infatti la Corte costituzionale ha voluto lasciare ancora al legislatore lo spazio per individuare rimedi che potessero risultare efficienti al fine di evitare che quest'ultimo non procedesse a tradurre in norme i principi disposti dalla Consulta con conseguente applicazione di discipline non omogenee).⁴⁰¹

In questa sentenza viene messa in evidenza l'idea che il sovraffollamento carcerario sia *“un problema di legalità costituzionale”*⁴⁰² (in quanto la pena andava ad assumere una connotazione illegale⁴⁰³) i cui effetti fanno pensare ad *“una incostituzionalità non dichiarata ma accertata”*⁴⁰⁴.

Da una parte della dottrina la decisione presa dalla Corte costituzionale viene vista come *“un'occasione mancata”* in quanto l'inserimento nell'art. 147 c.p. dell'ipotesi di concedere il rinvio facoltativo laddove il detenuto sia stato sottoposto ad un

⁴⁰¹ V. L. Uccello Barretta, *op. cit.*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

⁴⁰² V. A. Pugiotto, *op. cit.*, in www.penalecontemporaneo.it, pag.4-5 nel quale si afferma che sia violato anche l'art. 25 comma 2 Cost. in quanto i detenuti a causa delle carceri sovraffollate si trovano a scontare una pena più grave rispetto a quella che gli è stata disposta e di conseguenza *“priva di base legislativa e di titolo esecutivo”*.

⁴⁰³ Non vi sono norme costituzionali o della CEDU che impongono una pena illegale ma è la situazione concreta dei carceri che risulta incompatibile con tali disposizioni. V. A. Pugiotto, *op. cit.*, in www.penalecontemporaneo.it, pag. 9

⁴⁰⁴ In tal senso v. A. Ruggeri, *op. cit.*, pag. 1 e v. L. Uccello Barretta, *op. cit.*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it nel quale si evidenzia che una tale affermazione si ha quando alla pronuncia di inammissibilità si accompagnano motivazioni orientate all'incostituzionalità.

trattamento contrario al senso di umanità avrebbe garantito la tutela della dignità umana del ristretto.⁴⁰⁵ Di fronte però all'affermazione della Corte costituzionale che il protrarsi dell'inerzia del legislatore non sarebbe più stata da lei tollerabile⁴⁰⁶, può essere visto come il punto in cui l'occasione mancata si sarebbe potuta trasformare in "*occasione soltanto rinviata*".⁴⁰⁷

D'altronde nella Raccomandazione R(2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee si metteva in evidenza che "*le persone private della libertà conservano tutti i diritti che non sono tolti loro secondo la legge con la loro condanna o in conseguenza della loro custodia cautelare*"⁴⁰⁸ (art. 2) e "*le condizioni detentive che violano i diritti umani del detenuto non possono essere giustificate dalla mancanza di risorse*"⁴⁰⁹ (art. 4): "*la vita in carcere deve essere il più vicino possibile agli aspetti positivi della vita nella società libera*"⁴¹⁰ (art. 5).

In seguito alla pronuncia della Corte costituzionale il Parlamento si è attivato a porre in essere provvedimenti⁴¹¹ contro il sovraffollamento carcerario che non

⁴⁰⁵ V. M. Ruotolo, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it, pag. 4

⁴⁰⁶ V. M. Ruotolo, *op. cit.*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it, pag. 5 dove si afferma che probabilmente il termine che avrebbe dovuto decretare l'intollerabilità sarebbe potuto corrispondere al 28 maggio 2013, data che era stata indicata dalla Corte di Strasburgo come il giorno in cui sarebbe scaduto il tempo concesso all'Italia per introdurre misure in grado di risolvere il cronico disfunzionamento del nostro sistema carcerario.

⁴⁰⁷ V. M. Ruotolo, *op. cit.*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it, pag. 5 il quale dispone che al protrarsi eccessivamente dell'inerzia del legislatore la Corte costituzionale potrebbe perfino cambiare idea e pronunciarsi "*per una rinuncia o il rinvio della esecuzione della pena carceraria*" quando la stessa risulti contraria al senso di umanità a causa del sovraffollamento carcerario asserendo che ciò potrebbe prospettarsi anche laddove venga riproposta la questione sull'art. 147 c.p. in quanto di fronte al legislatore che vada ad adottare un tale comportamento la sentenza di inammissibilità non andrebbe ad ostacolare una diversa pronuncia nel merito.

⁴⁰⁸ art. V. art. 2 Raccomandazione R(2006)2, www.coe.int/t/.../Regole%20Penitenziarie%20Europee%20ITALIANO.pdf

⁴⁰⁹ V. art. 4 Raccomandazione R(2006)2, *cit.*

⁴¹⁰ V. art. 5 Raccomandazione R(2006)2, *cit.*

⁴¹¹ Si tratta del decreto legge n. 78/2013 e del decreto legge n. 146/2013, convertiti rispettivamente con la legge n. 94/2013 e la legge 10/2014. V. decreto legge n. 78/2013 e del decreto legge n. 146/2013 in www.camera.it. Tali provvedimenti tuttavia sono stati ritenuti da parte del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa "insufficienti" invitando l'Italia a disporre altre misure entro la scadenza del termine che la sentenza

menzionano la possibilità di ricorrere al rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva.

Giunti alla scadenza dei termini (28-05-2014), il percorso per combattere tale fenomeno, che seguita ad affliggere il nostro sistema carcerario, risulta essere ancora lungo e aperto ad ogni novità.⁴¹²

Torreggiani aveva disposto per il 28-05-2014. V. *Carceri: Consiglio Europa bacchetta ancora Italia*, in www.diritto24.ilsole24ore.com (6 marzo 2014 ore 12:43). Inoltre a fine Aprile secondo un rapporto dell'organizzazione con sede a Strasburgo relativo alla popolazione carceraria del 2012 si afferma che solo la Serbia ha una situazione di sovraffollamento peggiore all'Italia (la Serbia denunciava un rapporto tra numero di detenuti e regolare capienza 159,3 su 100 e l'Italia andava di pari passo con 145,4 su 100). V. *Sovraffollamento delle carceri, solo la Serbia fa peggio dell'Italia*, in www.diritto24.ilsole24ore.com (29 aprile 2014 ore 12:19)

⁴¹² Il 5 giugno 2014 il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, nonostante la bocciatura che ha affermato circa un mese fa, si è compiata delle misure prese dal Governo italiano per far fronte al problema del sovraffollamento e per garantire un trattamento carcerario conforme all'art. 3 CEDU rinviando fra un anno (o al massimo alla loro riunione del mese di giugno 2015) il riesame della situazione, la valutazione dei progressi ottenuti, le misure da prendere e quelle già messe in atto dall'Italia. V. *Carceri, Consiglio d'Europa: Italia promossa con riserva*, in www.diritto24.ilsole24ore.com (5 giugno 2014)

BIBLIOGRAFIA

- **ALESSANDRI R.** e **CATELANI G.**, *Legge 12 gennaio 1977, n. 1: modifiche alla Legge 26 luglio 1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario e all'art. 385 del Codice penale*, in *Il codice penitenziario*, Firenze, 1976
- **ALESSANDRI R.** e **CATELANI G.**, *Il codice penitenziario*, 3° ed., Roma, 1986
- **ALOISI U.** e **MORTARA L.**, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, Torino, 1914-1915
- **APRILE E.**, *Sentenza “monito” della Corte costituzionale sul problema del sovraffollamento delle carceri*, in Cass. pen., n. 2/2014
- **APRILE F.**, *Brevi osservazioni sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di trattamento carcerario di persona affetta da sindrome da virus HIV*, in Cass. pen., 1996
- **BASILE R.**, *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale (sent. n. 279/2013)*, in www.giurcost.org/studi, 2014
- **BATTAGLINI G.**, *Tradizioni e riforme del nuovo codice penale*, in *Giornale dell'Avvocato*, Milano, 1931
- **BERNARDINI A.** e **FLORA G.**, *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, 1987
- **BORSANI G.**, *Codice di procedura penale italiano*, Vol. VII, Milano, 1887
- **BRICCHETTI R.**, **MARZADURI E.** e **BARAZZETTA A.**, *Codice di procedura penale: annotato con la giurisprudenza*, in *Il sole-24 ore*, Milano, 2008
- **CANEPA M.** e **MERLO S.**, *Manuale di diritto penitenziario*, 3° ed., Milano, 1993
- **CANEPA M.** e **MERLO S.**, *Manuale di diritto penitenziario*, 8° ed., Milano, 2006
- **CANEPA M.** e **MERLO S.**, *“Manuale di diritto penitenziario”*, 9° ed., Milano, 2010
- *Carceri: Consiglio Europa bacchetta ancora Italia*, in www.diritto24.ilsole24ore.com (6 marzo 2014 ore 12:43)
- *Carceri, Consiglio d'Europa”: Italia promossa con riserva*, in www.diritto24.ilsole24ore.com (5 giugno 2014)

- **CARNEVELLI P.**, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri*, in Dir. pen. e proc. n.7/2001 (Commento alla l. n. 40/2001)
- **CASTALDO S.**, *AIDS e carcere: la soluzione italiana*, in Ind pen. 1994
- **CATELANI G.**, *Manuale dell'esecuzione penale*, 2° ed, Milano, 1987
- **CATELANI G.**, *La competenza del P.M. del magistrato e del tribunale di sorveglianza nel processo di esecuzione secondo il nuovo codice di procedura penale* in *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale* di Canzio G., Ferranti D. e Pascolini A., Milano 1989
- **CATELANI G.**, *Manuale dell'esecuzione penale*, 3° ed., Milano, 1993
- **CATELANI G.**, *Manuale dell'esecuzione penale*, 4° ed., Milano, 1998
- **CATELANI G.**, *Manuale dell'esecuzione penale*, 5° ed., Milano, 2002
- **CESARIS L.**, *La detenzione domiciliare con modalità alternative all'esecuzione penitenziaria* in V. Grevi, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994
- **CESARIS L.**, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori* (l. 8.3.2001 n. 40), in Leg. pen., 2002
- **CESARIS L.**, *Sub art. 47 ter ord. penit.*, in *Ordinamento penitenziario* di Grevi V., Giostra G. e Della Casa F., 3° ed. a cura di F. Della Casa, Padova, 2006
- **CIANI G.**, *Sub art. 684 c.p.p. in Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, 2° ed., Vol. IX, Milano
- **CIRIGNOTTA S.**, *Infezione da HIV e incompatibilità con la detenzione*, in Dir. pen. e proc., n. 4/1995
- **COMUCCI P.**, *La nuova fisionomia della detenzione domiciliare* in, *Esecuzione penale e alternative penitenziarie* di A. Presutti, Padova, 1999
- **COMUCCI P.**, *Il rinvio obbligatorio dell'esecuzione nei confronti di condannata-madre al vaglio della Corte costituzionale*, in *Il Corriere del merito*, n. 1/2009
- **CONSO G. e GREVI V.**, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, Padova, 1987
- **CONSO G. e GREVI V.**, *Commentario breve al nuovo codice di procedura penale*, Padova, 2005

- **CONSO G., GREVI V. e NEPPI MODONA G.,** *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978* Vol. I in *Il nuovo codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1989
- **CONSO G., GREVI V. e NEPPI MODONA G.,** *Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice (art. 2 Legge 16 febbraio 1987, n. 81)*, Vol. III in *Il nuovo codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1990
- **CONSO G., GREVI V. e NEPPI MODONA G.,** *Il progetto preliminare del 1988*, Vol. IV in *Il nuovo codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1990
- **CONSO G., GREVI V. e NEPPI MODONA G.,** *Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice* Vol. V in *Il nuovo codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1990
- **CONTI U.,** *Il codice di procedura penale: illustrato articolo per articolo*, Milano, 1937
- **CORDOVA A.,** *Commento al codice di procedura penale*, Vol. II, Napoli, 1934
- *Corte europea dei diritti dell'uomo seconda sezione caso Sulejmanovic c/Italia* (ricorso n. 22635/03), in *Rass. penit. e crim.* 2/2009
- *Corte europea dei diritti dell'uomo seconda sezione caso Torreggiani e altri c/Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2013
- **CRASTOLLA G.,** *Grave infermità fisica del condannato e differimento dell'esecuzione della pena alla luce dei recenti interventi legislativi*, in *Riv. pen.*, 1993
- **CRESTANI C. e BORDIGNON D.,** *Incompatibilità tra condizioni di salute e stato di detenzione. Aspetti giuridici e medico legali*, in *Riv. it. med. leg.* VIII, 1986
- **DAVICINI G.,** *Codice penale e codice di procedura penale (R.D. 19 ottobre 1930-VIII, n. 1398 e 1399): preceduti dalle rispettive relazioni ministeriali e corredati di ricco indice analitico-alfabetico con riferimento agli articoli dei Codici e ai paragrafi delle relazioni ministeriali*, Torino, 1931
- **DELLA BELLA A.,** *Sollevata ancora questione di illegittimità costituzionale dell'art. 147 c.p.: il Tribunale di sorveglianza di Milano segue la strada imboccata dal Tribunale di Venezia per rispondere al problema del sovraffollamento carcerario* (nota a Trib. Sorveglianza di Milano, ord. 12 marzo 2013 (dep. 18 marzo 2013), Pres. Ed est. Fadda), www.penalecontemporaneo.it (28 marzo 2013)

- **DELLA BELLA A.**, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, www.penalecontemporaneo.it (19 dicembre 2013)
- **DELLA CASA F.**, *Il problematico impegno della sospensione dell'esecuzione in chiave «anti-overcrowding». La parola alla Corte costituzionale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., Fascicolo 2/2013 (Aprile-Giugno)
- **DE MAESTRI L.**, *Sub. Art. 684 c.p.p. in Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario. Vol. VI, Torino, 1989-1991
- **DE PAOLIS M.**, *Il differimento della esecuzione della pena ancora davanti alla Corte Costituzionale*, in Cass. pen., 1991
- **DE SIERVO U.**, *La Corte cambia opinione in tema di AIDS e regime carcerario*, in Giur. Cost., 1995
- **DI CHIARA G.**, *Rinvio facoltativo dell'esecuzione, sovraffollamento carcerario e condizioni contrarie al senso di umanità*, in Dir. pen. e proc., 2/2014
- **DI GENNARO G., BREDA R. e LA GRECA G.**, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1976
- **DI GENNARO G., BREDA R. e LA GRECA G.**, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1987
- **DI GENNARO G., BREDA R. e LA GRECA G.**, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997
- **DI RONZA P.**, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, 2° ed., Padova, 1994
- **DI RONZA P.**, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, 4° ed., Padova, 2000
- **DI RONZA P.**, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, 5° ed., Padova, 2003
- **DODARO G.**, *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 CEDU*, in Q. cost., 2/2013
- **DOVA M.**, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2013/2
- **FASSONE E.**, *Corte costituzionale e Aids: una conclusione infelice ma inevitabile*, in Leg. pen., 1996
- **FASSONE E., BASILE T. e TUCCILLO G.**, *La riforma penitenziaria: commento teorico pratico alla legge 663/1986*, Napoli, 1987
- **FILIPPI L. e SPANGHER G.**, *Manuale di diritto penitenziario*, 2° ed., Milano, 2007

- **FIorentin F.**, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione: normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013
- **FIorentin F.**, *Il rischio è un'applicazione a «macchia di leopardo» con modalità non uniformi su tutti i soggetti detenuti*, in Guida dir., n. 13 del 23 marzo 2013
- **FIorentin F. e MARCHESELLI A.**, *L'ordinamento penitenziario*, Torino, 2005
- **FIorentin F. e SANDRELLI G. G.**, *L'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali. Disciplina dell'esecuzione penale e penitenziaria*, Padova, 2007
- **FIORIO C.**, *Il regime penitenziario per gli ammalati di AIDS fra tutela del condannato ed esigenze della collettività*, in Giur. It., 1993, II
- **FIORIO C.**, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti* di Scalfati A., Padova, 2004
- **FRANCHI B. e GALASSO G.**, *Nuovo codice di procedura penale: testi del progetto e del codice delle norme di attuazione e di coordinamento, e delle disposizioni transitorie, regolamentari e per casellario*, Milano, 1914
- **FRONTONI E.**, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte Costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 9/2014
- **GALLISAI PILO M. G.**, *Rinvio dell'esecuzione della pena*, in NsD - A, VI
- **GARGANI G.**, *Trattamento disumano e rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena: verso una sentenza additiva?*, in Dir. pen. e proc. 5/2013
- **GIARDA A., SANGHER G., GARUTI G. e CORBETTA S.**, *Codice di procedura penale: commentato con Cd-Rom 4° ed.*, Vol. III (artt. 646-746), Milanofiori, 2010
- **GIUSTI G. V.**, *Sospensione dell'esecuzione della pena e infermità fisica*, in Riv. it. med. leg., 1981
- **GREVI V., GIOSTRA G. e DELLA CASA F.**, *Ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo*, Padova, 1997
- **GREVI V., GIOSTRA G. e DELLA CASA F.**, *Ordinamento penitenziario commentato*, Tomo II, Padova, 2011
- **GUARNIERI G.**, *Giudice di sorveglianza*, in NsD, Torino, 1961
- **GUARNIERI G.**, *Giudice di sorveglianza*, in NsD – A, III, Vol. III, Torino, 1980
- **GUAZZALOCA B. e PAVARINI M.**, *L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995

- **FRANCHI B. e RUBBIANI G. G.**, *Nuovo codice di procedura penale: testi del progetto e del codice, delle norme di attuazione e di coordinamento, e delle disposizioni transitorie, regolamentari e pel casellario*, Milano, 1914
- **IOVINO F. P. C.**, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Torino, 1995
- **IZZO U.**, *Un difficile test per la Consulta: l'Aids, le leggi ed i giudici fiduciosi*, in Foro it., I, 1995
- **IZZO U.**, *Cronaca di un revirement annunciato: il nuovo assetto costituzionale dell'incompatibilità carceraria del detenuto*, in Foro it., I, 1996
- **KALB L.**, *Commento alla l. 27 maggio 1998, n. 165 in Processo civile e processo penale. Le riforme del 1998* di Consolo C., Milano, 1998
- **LATTANZI G.**, *Sul trattamento delle persone con infezione da HIV nei casi di incompatibilità con lo stato di detenzione*, in Cass. pen., 1994
- **LATTANZI G.**, *Il trattamento penale delle persone affette da HIV/AIDS: aspetti critici e proposte di riforma*, in Dir. pen. e proc., n. 11/1995
- **LATTANZI G. e LUPO E.**, *Codice penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. II, Milano, 2005
- **LATTANZI G., LUPO E. e AMATO G.**, *Il nuovo Codice di procedura penale: annotato con le relazioni e con i lavori preparatori*, 2 ed., Milano, 1991
- **LEO G.**, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it (25 Novembre 2013)
- **MACCHIA A.**, *Il problema del sovraffollamento nelle carceri ovvero, aspettando gotod. Note minime attorno alla sentenza della Corte costituzionale n. 279 del 2013*, in www.rassegnapenitenziaria.it
- **MAGLIONA B.**, *Accertamento sierologico dell'infezione da HIV, carcere e tutela dei diritti umani: dal concetto di popolazione speciale al principio della equivalenza*, in R. crim., 1994
- **MAGLIONA B.**, *Brevi riflessioni in tema di compatibilità tra detenzione e condizioni di salute del detenuto affetto da HIV/AIDS*, in Dir. pen. e proc., 5/1995
- **MALFATTI E.**, *«Oltre le apparenze»: Corte costituzionale e Corte di Strasburgo «sintoniche» sull'(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere*, in www.forumcostituzionale.it, (16 dicembre 2013)

- **MANZINI V.**, *Istituzioni di diritto processuale penale: secondo il nuovo codice di procedura penale*, 6° ed., Padova, 1934
- **MANZINI V.**, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, Vol. III, 1934
- **MANZINI V.**, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. III, Torino, 1950
- **MANZINI V.**, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. III, 4° ed., Torino, 1961
- **MANZINI V.**, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. III, 5° ed., Torino, 1981
- **MARINUCCI G., DOLCINI E. e GATTA G. L.**, *Codice penale commentato*, Vol. I, 3° ed., Milanofiori, 2011
- **MARSICH P.**, *L'esecuzione penale (saggio introduttivo)*, Padova, 1927
- **MASELLI E.**, *Il rinvio dell'esecuzione della pena*, in *NsD*, XV, 1968
- **MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO**, *Progetto preliminare di un nuovo Codice penale*, Vol. II in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1927
- **MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO**, *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale* Vol. III (Articoli 81-245) in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1928
- **MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO**, *Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo Codice penale*, Vol. IV in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929
- **MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO**, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con relazione del Guardasigilli dell'on. Rocco*, Vol. V in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929
- **MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO**, *Atti della Commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto di un nuovo Codice penale* Vol. VI in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1930
- **MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO**, *Testo del nuovo Codice penale con la relazione a Sua Maestà il Re del Guardasigilli (Rocco)*, Vol. VII in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1930

- **MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO**, *Progetto preliminare di un nuovo Codice di procedura penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Vol. VIII in *Lavori preparatori del codice di procedura penale*, Roma, 1929
- **MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO**, *Osservazioni e proposte sul progetto di un nuovo codice di procedura penale*” Vol. IX in “*Lavori preparatori del codice di procedura penale*, Roma, 1930
- **MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO**, *Progetto definitivo di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Vol. X in *Lavori preparatori del codice di procedura penale*, Roma, 1930
- **MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO**, *Atti della Commissione parlamentare chiamata a dare il parere sul progetto di un nuovo Codice di procedura penale*, Vol. XI in *Lavori preparatori del codice di procedura penale*, Roma, 1930
- **MINNA R. e MANGILI F.**, *Sulla sospensione facoltativa della pena per grave infermità fisica (art. 147 c.p.): considerazioni giuridiche medico-legali*, in *Rivista italiana medico legale*, 1980
- **NANNI F. e DE SANDO F.**, *Sulla nozione di «grave infermità fisica» riguardo al differimento della esecuzione della pena*, in *Giust. pen.*, I, 1968
- **NARDOCCI C.**, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte Costituzionale e Corte Europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 279 del 2013*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, n. 1/2014 (data pubblicazione 21 Marzo 2014)
- **ORLANDI R.**, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Q. cost.*, 2/2013
- **PACCHI G.**, *La tutela del diritto alla salute nell'esecuzione di pena detentiva*, in *Cass. pen.*, 1989
- **PADOVANI T.**, *Codice penale*, 5° ed., Vol. I, Milano, 2011
- **PALIERO C. E.**, *Commento all'art. 4 l. 27.5.98, n.165*, in *Leg. pen.*, 1998
- **PANETTA L.**, *Il pubblico ministero nel nuovo ordinamento penitenziario*, in *Giust. pen.*, parte III, 1978
- **PAVARINI M.**, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Vol. I, Torino, 2002

- **PAVARINI M.**, ... *vivere in meno di 3 metri quadrati. Quando la pena carceraria è disumana e degradante*, in www.assemblea.emr.it, Bologna, 27 febbraio 2013
- **PEPINO L.**, *Commento all'art. 22 l. 10.10.86, n. 663*, in Leg. pen., 1987
- **PERONI F. e SCALFATI A.**, *Codice dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, 2006
- **PIERRO G.**, *La nuova disciplina della detenzione domiciliare nel quadro della trasformazione del sistema della esecuzione penale*, in "Sospensione della pena ed espiazione extra moenia, di Iovino F. P. C., Kalab L., Massaro I., Normando R., Pierro G. e Ranieri E., Milano, 1998
- **PISANI M.**, *Il Codice di procedura penale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, 2° ed., Bologna, 1999
- **PISANI M.**, *Grazia e Giustizia*, Milano, 2007
- **PRESUTTI A.**, *Grave infermità fisica del condannato e differimento dell'esecuzione della pena*, in Ind. Pen., 1986
- **PRESUTTI A.**, *Commento all'art. 13 della l. 10.10.86, n. 663*, in Leg. pen., 1987
- **PUGIOTTO A.**, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative «penali»*, in Giur. Cost., 1995
- **PUGIOTTO A.**, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014
- **RIVIELLO P. P.**, *Domanda di grazia e differimento dell'esecuzione della pena dopo un recente intervento della Corte Costituzionale*, Leg. pen., 1990
- **RIZZARI P.**, *Sub. Art. 684 c.p.p.*, in *Commento al codice di procedura penale. Primo Aggiornamento* coordinato da Chiavario, Torino, 1993
- **ROMANO M. e GRASSO G.**, *Commentario sistematico del codice penale Vol. 2*, Milano, 1990
- **ROMANO M. e GRASSO G.**, *Commentario sistematico del codice penale Vol. 2*, Milano, 2005
- **ROMOLI F.**, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano o degradante*, in *Giurisprudenza italiana*, Maggio 2013
- **RONCO M. e ARDIZZONE S.**, *Codice penale ipertestuale: commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, Torino, 2003
- **RUARO M.**, *La Magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009

- **RUGGERI A.**, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Cort. cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in www.giurecost.org/studi, 2013
- **RUOTOLO M.**, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it
- **SALUTO F.**, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia* 2° ed., Roma, 1878
- **SALVIG.**, *La Costituzione non permette questo torto: La corte suprema degli Stati Uniti e il sovraffollamento carcerario*, in *Questione giustizia* n. 6/2011
- **SANTORO A.**, *Fondamenti della esecuzione penale*, Roma, 1931
- **SANTORO A.**, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1934
- **SANTORO A.**, *L'esecuzione penale*, 2° ed., Torino, 1953
- **SANTORO A.**, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1954
- **SCORRETTI C.**, *Sindrome da immunodeficienza acquisita e regime di detenzione*, in *Riv. it. med. leg.*, VII, 1985
- **SIRACUSANO D., GALANTI A., TRANCHINA G., ZAPPALA' E.**, *Diritto processuale penale*, 5° ed. Vol. I-II, Milano
- **SOTGIU G.**, *L'esecuzione penale*, Roma, 1935
- *Sovraffollamento delle carceri, solo la Serbia fa peggio dell'Italia*, in www.diritto24.ilsole24ore.com (29 Aprile 2014 ore 12:19)
- **TIRELLI M.**, *Un retaggio del passato duro a morire: i poteri del Ministro della giustizia nella fase dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1981
- **TRONCONE P.**, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2006
- **TUOZZI P.**, *Il nuovo codice di procedura penale commentato*, Milano, 1914
- **UCCELLO BARRETTA L.**, *Il sovraffollamento carcerario tra protezione dei diritti fondamentali e discrezionalità legislativa (nota a Cort. Cost. n. 279/2013)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (osservatorio costituzionale Marzo 2014)
- **VELLUCCI A., STARNINI G., FARINELLI S. e DE DONATIS V.**, *L'infezione da HIV e il regime carcerario*, in *Cass. pen.*, 1994

- **VIAGANO' F.**, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in www.penalecontemporaneo.it (9 Gennaio 2013)

- **VIAGANO' F.**, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*, in www.penalecontemporaneo.it (20 Febbraio 2013)

- **VIGONI D.**, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009

- **ZICCHITTU P.**, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in Q. cost., 1/2013

RINGRAZIAMENTI

A conclusione di questo elaborato vorrei esprimere profonda gratitudine al professore Luca Bresciani per avermi aiutata nella stesura di questa tesi, per la sua massima disponibilità e per i suoi preziosi ed importanti consigli.

Ringrazio Paolo, Annamaria e Simone per l'affetto e la stima che mi hanno dimostrato sin dal primo momento che sono entrata nella loro vita.

Vorrei ringraziare Stefano per la sua infinita comprensione, per avermi sostenuta e incoraggiata durante tutto il percorso universitario: senza di lui, il raggiungimento di questo importante traguardo non sarebbe stato lo stesso.

Infine un ringraziamento speciale vorrei farlo alle due colonne portanti della mia vita: i miei genitori Fabrizio ed Angela. Mi hanno seguita, appoggiata e nei momenti di difficoltà hanno saputo aiutarmi dandomi sempre il loro fondamentale sostegno. Colgo l'occasione per dirgli GRAZIE di aver creduto in me.